الإقناع
في
حل ألفاظ أبي شجاع

تأليف

الشيخ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني

دراسة وتحقيق وتعليق

الشيخ علي محمد معوض　　الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

قدم له وقرظه

الأستاذ الدكتور محمد بكر إسماعيل

كلية الدراسات - جامعة الأزهر

الجزء الثاني

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

منشورات محمد علي بيضون



دار الكتب العلمية

الطبعة الثالثة

٢٠٠٤ م - ١٤٢٥ هـ

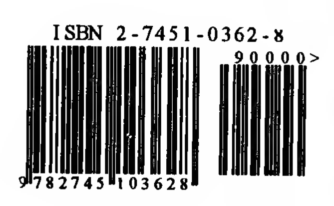
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
الإدارة العامة: عرمون - القبة - مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢/١٣ (٥ ٩٦١+)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Raml Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor
Head office
Aramoun - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kutub Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Raml Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Étage
Administration général
Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-0362-8



http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ البُيُوعِ وَغَيْرِهَا مِنَ أَنْوَاعِ الْمُعَامَلَاتِ

كِتَابُ البُيُوعِ[1] وغيرها من المعاملات[2]

كقراض وشركة، وعبر بالبيوع دون البيع المناسب للآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] ولطريق الاختصار، نظراً إلى تنوعه وتقسيم أحكامه: فإنه يتنوع إلى أربعة أنواع كما سيأتي، وأحكامه تنقسم إلى صحيح وفاسد، والصحيح إلى لازم وغير لازم، كما يعلم ذلك، من كلامه.

والبيع لغة: مقابلة شيء بشيء[3]، قال الشاعر:

---

(١) اعلم أن البيع منحصر في أطراف خمسة: الصحة والفساد وعقدوا له باب الأركان والشروط، والجواز واللزوم وعقدوا له باب الخيار، وحكم المبيع قبل القبض وبعده وعقدوا له باب المبيع قبل القبض، وألفاظ يتبعها غير مسماها لغة وعقدوا له باب الأصول والثمار والمرابحة والمحاطة وغيرها والتحالف ومعاملة العبيد وهو آخر الأطراف والمتن هنا لم يذكر إلا الاثنين الأوّلين ولم يذكر البقية إلا شيخ الإسلام في المنهج.
ولما أنهى ربع العبادات المقصود بها التحصيل الأخروي وهي أهم ما خلق له الإنسان أعقبه بربع المعاملات التي المقصود منها التحصيل الدنيوي ليكون سبباً للأخروي وأخر عنهما ربع النكاح لأن شهوته متأخرة عن شهوة البطن وأخر ربع الجنايات والمخاصمات لأن ذلك غالباً إنما يكون بعد شهوتي البطن والفرج. فإن قلت البيع مصدر لا يثنى ولا يجمع. قلت أجيب بأنه جمعه باعتبار أنواعه. وأفرده شيخ الإسلام في المنهج فقال كتاب البيع لأن المراد به نوع من أنواع البيوع وهو بيع الأعيان لأنه أفرد السلم بكتاب أيضاً. وقيل محل كونه لا يثنى ولا يجمع إن كان للتوكيد. قال ابن مالك:

وما لتوكيد فوحد أبدا ... وثنّ واجمع غيره وأفردا

(٢) يحتمل أن يريد بها التصرفات المالية بين اثنين فأكثر كالسلم والرهن والشركة والإجارة فنحو الإقرار والغصب زيادة على الترجمة ويحتمل أن يريد بها التصرّفات المتعلقة بالمال مطلقاً فلا زيادة لكن لا يخفى ما في إطلاق المعاملة على نحو الإقرار والغصب بل على نحو الصلح والوكالة من البعد.

(٣) أي على وجه المعاملة ليخرج ردّ السلام في مقابلة ابتدائه. وقال بعضهم مقابلة شيء بشيء مما يقصد به التبادل لا نحو سلام بسلام وقيام بقيام ونحوه كما قاله البلقيني وإن جرى في تدريبه على

الْبُيُوعُ ثَلاثَةُ أَشْيَاءَ: بَيْعُ عَيْنٍ مُشَاهَدَةٍ،

مَا بِعْتُكُمْ مُهْجَتِي[١] إِلَّا بِوَصْلِكُمْ وَلَا أُسَلِّمُهَا إِلَّا يَداً بِيَدِ

وشرعاً: مقابلة مال بمال[٢] على وجه مخصوص.

والأصل فيه قبل الإجماع آيات كقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وأحاديث كقوله ﷺ: «إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ».

(البيوع ثلاثة أشياء) أي أنواع، بل أربعة كما سيأتي:

الأول ـ (بيع عين مشاهدة) أي مرئية[٣] للمتبايعين (فجائز) لانتفاء الغرر[٤].

= الإطلاق. وقيل الأولى بقاء المعنى اللغوي على إطلاقه بدليل البيت المذكور ولأن الفقهاء لا دخل لهم في تقييد كلام اللغويين. لكن قال في المصباح الأصل في البيع مبادلة ماء بمال كقولهم بيع رابح وبيع خاسر وذلك حقيقة في وصف الأعيان لكنه أطلق على العقد مجازاً لأنه سبب التمليك والتملك اهـ. وقوله مجازاً أي لغوياً فلا ينافي أنه حقيقة شرعية في العقد وعلم من كلامه أنه لا يطلق لغة إلا على مقابلة المال بالمال

(١) وأما قوله: ما بعتكم مهجتي الخ فهو مجاز على أن الظاهر أنه مولد وبعده:

فإن وفيتم بما قلتم وفيت أنا وإن غدرتم فإن الرهن تحت يدي

(٢) هو من التعريف بالأعم المحال على مجهول. وقال بعضهم قوله مقابلة أي ذو مقابلة أي عقد يتضمن المقابلة. وأجاب بعضهم بأن قوله على وجه مخصوص يشمل العقد والشروط فلا اعتراض عليه ولو عرّفه كغيره بقوله هو عقد معاوضة محضة يقتضي ملك عين أو منفعة على الدوام لا على وجه القربة لكان وافياً بالمقصود. فخرج بالمعاوضة نحو الهبة وبالمحضة نحو النكاح وبملك العين الإجارة وبغير وجه القربة القرض. والمراد بالمنفعة المؤبدة بيع حق الممر ق ل أي للماء مثلاً بأن لا يصل الماء إلى محله إلا بواسطة ملك غيره ومثله بيع حق البناء والخشب على جداره.

فرع لا يبعد اشتراط الصيغة في نقل اليد في الاختصاص كأن يقول رفعت يدي عن هذا الاختصاص ولا يبعد جواز أخذ العوض عن نقل اليد كما في النزول عن الوظائف، فإنها مجمّلة ولم تتضح دلالتها إلا بكتاب أبي بكر لأنس رضي الله عنهما بالصدقات.

(٣) أعمّ من أن تكون الرؤية وقت العقد أو قبله ولم يمض زمن تتغير فيه إلى وقت العقد وأعمّ من أن تكون الرؤية لكل المبيع كصاع أو لبعضه كبيع الصبرة بتمامها أو كانت الرؤية لظرفه كالرمان وغيره مما يأتي لأنه صوان له وعبارة المدابغي قوله مرئية أي كلاً أو بعضاً أو حكماً فيما كان صواناً له.

(٤) هو ما انطوت عنّا عاقبته أو تردّد بين أمرين أغلبهما أخوفهما أي شأنه ذلك كالسمك في البحر والطير في الهواء.

فَجَائِزٌ، وَبَيْعُ شَيْءٍ، مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ، فَجَائِزٌ: إِذَا وُجِدَتِ الصِّفَةُ عَلَى مَا وُصِفَتْ بِهِ، وَبَيْعُ عَيْنٍ غَائِبَةٍ لَمْ تُشَاهَدْ، فَلَا يَجُوزُ.

(و) الثاني ـ (بيع شيء) يصح السلم فيه[1] (موصوف في الذمة)[2] بلفظ السلم[3] (فجائز إذا وجدت الصفة)[4] المشروط ذكرها فيه (على ما وصفت به) العين المسلم فيها مع بقية شروطه[5] الآتية في بابه.

(و) الثالث ـ (بيع عين غائبة) عن مجلس العقد، أو حاضرة فيه (لم تشاهد)[6]

---

(١) لا حاجة إليه مع قول المصنف إذا وجدت الصفة فكان الأولى حذفه لأن كلامه في البيع في الذمة بلفظ البيع وهو لا يشترط فيه ذلك أي صحة السلم فيه بل يصح وإن لم يصح السلم فيه كجارية وولدها مثلاً مع صفات كل منهما ولؤلؤ كبار وياقوت فإن هذا إذا وصف وعقد بلفظ البيع يصح وإن عقد بلفظ السلم فإنه لا يصح وعبارة ق ل قوله يصح السلم فيه لو أسقطه لكان مستقيماً اهـ وفيه نظر إذ الشارع قصر هذا النوع الثاني على السلم وذلك لا خلل فيه وإن كان فيه قصور من حيث إنه لا يشمل غير السلم مما بيع موصوفاً في الذمة ولم يكن بلفظ السلم وبهذا علم أن قول الشارح بلفظ السلم صواب لأنه مبني على ما قصره عليه من السلم فلو قال الشارح ولو بلفظ السلم لم يوافق قصره إياه على السلم.

(٢) الذمة معناها لغة العهد والأمان وشرعاً معنى قائم بالذات يصلح للإلزام من جهة الشارع والالتزام من جهة المكلف.

(٣) لو قال ولو بلفظ السلم لكان صواباً قاله ق ل وقال بعضهم كان الأولى حذفه لأن السلم له أحكام والبيع في الذمة له أحكام. فأحكام السلم يشترط قبض رأس المال في المجلس ولا يصح الاستبدال عنه ولا الحوالة به ولا عليه، ويصح ذلك كله في الثمن في البيع في الذمة فلا يشترط فيه قبض الثمن في المجلس.

(٤) متعلق بمحذوف لا بجائز لأنه جائز مطلقاً وجدت الصفة أو لا وتقدير المحذوف ويلزم المشتري قبوله إذا وجدت الصفة وإلا فلا يلزم قبوله بل له الخيار. أو المراد بقوله إذا وجدت الصفة أي ذكرت في العقد على ما وصفت به أي مع ما وصفت به أي مع ما وصفتها به الأئمة أي اعتبروه من الصفات التي يجب التعرض لها في العقد وحينئذ فالظرف متعلق بجائز.

(٥) كتسليم رأس المال في المجلس. قال بعضهم وكان الأولى حذفه لأنه بناء على أن المراد عقد السلم وقد عرفت أن المراد عقد البيع.

(٦) هو تفسير لغائبة فشمل الصورتين اللتين في الشرح والشارح جعله قيداً في الثانية فيقتضي أن الأولى لا تصح مطلقاً وإن شوهدت وليس كذلك بل على التفصيل. فالوجه الأول أولى إلا أن يقال إنه حذف من الأول لدلالة الثاني أي لم تشاهد كل من الغائبة والحاضرة وفيه نظر إذ قوله لم تشاهد =

وَيَصِحُّ بَيْعُ كُلِّ طَاهِرٍ،

للعاقدين (فلا يجوز) للنهي عن بيع الغرر.

تنبيه ـ مراده بالجواز فيما ذكر في هذه الأنواع ما يعم الصحة[١] والإباحة[٢]، إذ تعاطي العقود الفاسدة حرام.

(و) الرابع ـ بيع المنافع[٣]، وهو الإجارة وسيأتي.

وللمبيع[٤] شروط[٥] خمسة، كما في المنهاج، ذكر المصنف منها ثلاثة:

الأول ـ ما ذكره بقوله: (ويصح بيع كل) شيء (طاهر)[٦] عيناً، أو يطهر بغسله،

= من كلام المصنف فكيف يكون صفة لحاضرة الواقعة. من الشارح. فكان الظاهر أن يقال إن غائبة يغني عن قوله لم تشاهد فهو صفة لمحذوف قدره الشارح بقوله أو حاضرة.

(١) فجائز أي صحيح ومباح وقوله فلا يجوز أي فلا يصح ولا يباح.

(٢) لو أسقط هذه لكان صواباً ليشمل العقد الصحيح الحرام والمكروه كبيع العنب لعاصر الخمر فإنه إن ظن البائع ذلك حرم أو توهمه كره لأن الاعتناء بعموم الأحكام أولى منه بمعاني الألفاظ فإن أريد إباحة المعقود عليه فهو مستدرك لأن الصحة كافية عنه.

(٣) لو جعل هذا الرابع بيع حق الممر كما تقدم لكان مستقيماً إذ الإجارة لا تسمى بيعاً لأنها خارجة من تعريفه وتسميتها بيعاً تجوّز عند الحاجة إليه.

(٤) لو قال وللعوض لكان أولى وأعم لشموله للثمن ق ل وقد يقال مراده بالمبيع ما يشمل الثمن فإنه يراد به المعقود عليه مثمناً كان أو ثمناً.
واعلم أن الثمن النقد والمبيع مقابله وإن دخلت عليه الباء وإن كانا نقدين أو عرضين فالثمن ما دخلت عليه الباء والمبيع مقابله. فالثمن في قولنا بعتك هذا الديناء بحمار، الدينار. وفي قولنا بعتك هذا الثوب بحمار الحمار اهـ م د وهو بعيد عن كلام المصنف. والأظهر أن يقال إن الشارح جرى على ظاهر عبارة المصنف فإنها ظاهرة في المبيع غير الثمن بدليل أمثلة الشارح الآتية ولا يرد على هذا ما ذكره في الشرط الخامس مما يشمل الثمن والمثمن لأنه من زيادة الشارح على المصنف.

(٥) يزيد الربوي بما يأتي فيه ع ش م ر.

(٦) ولو بالاجتهاد في مشتبهين فإنه يصح بيع ما أداه اجتهاده إلى طهارته ش م ر فلو اشترى مجتهداً فيه فلا يعوّل على قول المجتهد الأول سم. ومثله مائع إذا وقع فيه ميتة لا دم لها سائل ولم تغيره وينبغي ثبوت الخيار عند الجهل.

مُنْتَفَعٍ بِهِ،

فلا يصح بيع المتنجس[١] كالخل واللبن؛ لأنه في معنى نجس العين، وكذا الدهن كالزيت: فإنه لا يمكن تطهيره في الأصح[٣]، فإنه لو أمكن لما أمر بإراقة السمن فيما رواه ابن حبان: أنه ﷺ قَال في الفأرة تموت في السمن: «إِنْ كَانَ جَامِداً فَأَلْقُوهَا وَمَا حَوْلَهَا، وَإِنْ كَانَ مَائِعاً فَأَرِيقُوهُ»[٤] أما ما يمكن تطهيره[٥] كالثوب المتنجس والآجر المعجون بمائع نجس[٦] كبول فإنه يصح بيعه لإمكان طهره وسيأتي محترز قوله «طاهر» في كلامه.

والشرط الثاني - ما ذكره بقوله: (منتفع به) شرعاً، ولو في المآل[٧] كالجحش الصغير، وسيأتي محترزه في كلامه.

---

(١) أي بيعه استقلالاً لا تبعاً لما هو كالجزء منه وإلا فبيع أرض بنيت بلبن أو آجرّ عجن بنجس صحيح ح ل وكان الأولى للشارح حذف هذا فإنه مكرر مع ما يأتي في المتن.

(٢) فصله بكذا لقوّة الخلاف فيه عندنا.

(٣) مقابله قول صحيح أنه يطهر بالماء بأن يوضع الماء عليه ويدار بآلة حتى يتحقق أن الماء وصل إلى جميع أجزائه ثم تصبر حتى يطفو الدهن على وجه الماء وتثقب أسفل الإناء حتى ينزل الماء ويبقى الدهن.

(٤) أخرجه البخاري ٩/ ٦٦٧ (٥٥٣٨).

(٥) أي بالغسل خرج ما يمكن تطهيره بالاستحالة كجلد قبل دبغه فلا يصح بيعه. وإمكان طهر الماء القليل المتغير بالمكاثرة وإمكان طهر الخمر بالتخلل فالغسل قيد معتبر. أي الطوب المحرق أي لإمكان طهره لأن الآجر إذا نقع في الماء يطهر لتشربه الماء فيصل الماء إلى باطنه وظاهره.

(٦) مفهومه أن المعجون بجامد نجس لا يصح بيعه كالمعجون بالزبل إذ هو في معنى نجس العين إلا داراً بنيت به وأرضاً سمدت به. وقنا عليه وشم. وإن وجبت إزالته خلافاً لبعض المتأخرين لوقوع النجس، والحاصل أن النجاسة إن كانت مستهلكة بأن أمكن طهره كالآجرّ المذكور فيصح بيعه وإن كانت غير مستهلكة بحيث لا يمكن طهره إلا باستهلاك عينه كاللبن المعجون بالنجس مائعاً كان أو جامداً فلا يصح بيعه والظاهر أن الخبز المخبوز بالنجاسة إذا كثر الدخان وتخلل بأجزائه كذلك أي لا يصح بيعه كما تقدم اهـ م د والصحيح أنه يعفى عنه لعموم البلوى به.

(٧) أي فيما لا يتأتى منه النفع حالاً فلا يرد عدم صحة بيع دار دون ممرها إذا كان يمكن اتخاذ ممرّ لها.

مَمْلُوكٍ،

والشرط الثالث ـ ما ذكره بقوله: (مملوك) أي أن يكون للعاقد عليه ولاية، فلا يصح عقد فضولي[١] وإن أجازه المالك، لعدم ولايته على المعقود عليه. ويصح بيع مال غيره ظاهراً إن بَانَ بعد البيع أنه له، كأن باع مال مورثه ظاناً[٢] حياته فَبَان ميتاً، لتبين أنه ملكه.

والشرط الرابع ـ قدرة تسلمه في بيع غير ضمني[٣] ليوثق على رده، لعجزه عن تسلمه حالاً، بخلاف بيعه[٤] لقادر على ذلك، نعم إن احتاج فيه إلى مؤونة ففي «المطلب» ينبغي المنع. ولا يصح بيع جزء معين تنقص بقطعه قيمته أو قيمة الباقي كجزء إناء أو ثوب نفيس ينقص بقطعه ما ذكر، للعجز عن تسليم ذلك شرعاً، لأن التسليم فيه لا يمكن إلا بالكسر أو القطع وفيه نقص وتضييع مال. بخلاف ما لا ينقص بقطعه ما ذكر كجزء غليظ كرباس، لانتفاء المحذور.

والشرط الخامس ـ العلم به للعاقدين عيناً[٥] وقدراً، وصفة، على ما يأتي بيانه،

---

(١) بالإضافة وهو من ليس مالكاً ولا وكيلاً ولا ولياً ومثل العقد الحل كطلاق أو عتق فلو عبر بالتصرّف لكان أولى كما قاله الحلبي وعقد الفضولي باطل عندنا وعند غيرنا موقوف إن أجازه من له عليه ولاية صح وإلا فلا.

(٢) ليس بقيد بل مثله إذا لم يظن بالأولى.

(٣) أما الضمني فلا يشترط فيه قدرة التسلم فإذا قلت لمالك العبد المغصوب: أعتق عبدك عني بكذا فقال أعتقته عنك صحّ. وإن لم تقدر على انتزاعه من غاصبه وإنما كان بيعاً ضمنياً لأنه على تقدير بعينه وأعتقه عني فإذا أعتقه عنه فكأنه قال بعته لك وأعتقته عنك كما في شرح المنهج. ومثل الضمني ما يقصد منه العتق كشراء من أقر بحرّيته أو شهد بها وردت شهادته أو كان العبد المغصوب أصلاً أو فرعاً.

(٤) أي حالاً ومآلاً فلو عجز عن تخليصه بعد البيع بطل ويصدق في عدم قدرته ق ل والمعتمد أن العجز إذا طرأ يثبت الخيار.

(٥) أي في المعين غير المختلط، وقدراً في المعين المختلط كصاع من صبرة وصفة أي مع القدر فيما في الذمة شوبري ولذا قال على ما يأتي فقوله وقدراً الواو بمعنى أو. والحاصل أن المبيع إن كان معيناً غير مختلط بغير المبيع كفت معاينته عن معرفة قدره تحقيقاً بمعنى أنه لا يشترط معرفة القدر بكيل ولا وزن ولا ذرع وإن كان في الذمة أو مختلطاً بغيره كصاع من صبرة فالشرط العلم بقدره

فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ عَيْنٍ نَجِسَةٍ،

حذراً من الغرر، لما روى مسلم أنه ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ». ويصح بيع صاع[١] من صبرة[٢] وإن جهلت صيعانها، لعلمهما بقدر المبيع مع تساوي الأجزاء[٣] فلا غرر. ويصح بيع صبرة ـ وإن جهلت صيعانها ـ كل صاع بدرهم. ولا يضر في مجهولة الصيعان الجهل بجملة الثمن، لأنه معلوم بالتفصيل، وبيع صبرة مجهولة الصيعان بمائة درهم كل صاع بدرهم إن خرجت مائة وإلا فلا يصح، لتعذر الجمع بين جملة الثمن وتفصيله، لا بيع أحد ثوبين مثلاً مبهماً، ولا بيع بأحدهما وإن تساوت قيمتهما، أو بملء ذا البيت براً، أو بزنة ذي الحصاة ذهباً، وملء البيت وزنة الحصاة مجهولان، أو بألف دراهم ودنانير، للجهل بعين المبيع في الأولى وبعين الثمن في الثانية، وبقدره في الباقي. فإن عيّن البر كأن قال: بعتك ملء ذا البيت من ذا البر صح، لإمكان أخذه قبل تلفه[٤] فلا غرر، وقد بسطت الكلام عليه في غير هذا الكتاب.

ثم أخذ المصنف في محترز قوله: «طاهر» بقوله: (فلا يصح بيع عين نجسة[٥])

= وصفته لا عينه. واعلم أنه يستثنى من ذلك ماء الشرب من السقاء قال في شرح المهذب أجمعوا على جوازه بعوض مع اختلاف الناس في الشرب.

(١) المناسب التفريع فكان الأولى الإتيان بالفاء لأنه شروع في فروع ثمانية الثلاثة الأول مفرعة على منطوق الشرط والخمسة بعدها على المفهوم.

(٢) هي اسم لجملة مجتمعة من الحبوب أو غيرها والمراد هنا ما تساوت أجزاؤه بدليل ما بعده فخرج ما إذا باع رمانة أو ليمونة من صبرة الرمان والليمون فلا يصح وعلم من لفظ من أن الصبرة أكثر من صاع وإلا فباطل.

(٣) فيه إشارة إلى أنه يصح تسليم الصاع من باطنها وتسليمه من باطنها لا يصير المبيع مجهولاً لأنها متساوية الأجزاء أي فتساوي الأجزاء بمنزلة التعيين فصح البيع لأن هذا من بيع المعينات لا من بيع الذمم ولا يرد عدم صحة بيع شاة من شياه لعدم تساوي الشياه.

(٤) أي تلف البيت والفرق بين هذه وبين الصورة المتقدّمة الباطلة أن البائع هنا عين البر وثم أبهمه لأنه يمكن أن يحيطا بجوانب البيت ويعرفا تخميناً أنه يأخذ كذا ويملأ البيت من البرّ المعين حالاً قبل تلف البيت فقلّ الجهل هنابخلافه،ثم لأن البر مبهم ويمكن تلف البيت قبل الإتيان بالبر فكثر الجهل. ولو تلف البيت هنا فالظاهر انفساخ البيع وأيضاً البرّ المعين يكفي فيه التخمين كبيع الصبرة الغيـر المكيلة بخلاف المبهم فلا بد من بيان قدره وصفته.

(٥) أي استقلالاً لا تبعاً لما هو كالجزء منه. وإلا فبيع أرض بنيت بلبن أو آجرّ عجن بنجس صحيح =

وَلاَ بَيْعُ مَا لاَ مَنْفَعَةَ فِيهِ.

سواء أمكن تطهيرها بالاستحالة: كجلد الميتة، أم لا: كالسرجين، والكلب ولو معلماً، والخمر[١] ولو محترمة[٢]، لخبر الصحيحين أنه ﷺ «نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ»[٣] وقال: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ» وقيس بها ما في معناها.

ثم أخذ في محترز قوله: «منتفع به» بقوله: ولا يصح (بيع ما لا منفعة فيه)، لأنه لا يعد مالاً، فأخذ المال في مقابلته ممتنع، للنهي عن إضاعة المال.

وعدم منفعته إما لخسته كالحشرات التي لا نفع فيها كالخنفساء والحية والعقرب، ولا عبرة بما ذكر من منافعها في الخواص. ولا بيع كل سبع أو طير لا ينفع: كالأسد والذئب والحدأة والغراب غير المأكول، ولا نظر لمنفعة الجلد بعد الموت، ولا لمنفعة الريش في النبل، ولا لاقتناء الملوك، لبعضها للهيبة والسياسة، أما ما ينفع من ذلك: كالفهد للصيد، والفيل للقتال، والنحل للعسل، والطاووس للأنس بلونه فيصح.

وإما لقلته كحبتي الحنطة والشعير، ولا أثر لضم ذلك إلى أمثاله أو وضعه في فخ، ومع هذا يحرم غصبه. ويجب رده، ولا ضمان فيه إن تلف، إذ لامالية. ولا يصح بيع آلة اللهو المحرمة: كالطنبور والمزمار والرباب وإن اتخذت المذكورات من نقد،

= والبيع واقع على الجميع. وقال الوجه أن البيع واقع على الظاهر وإنما دخل غيره تبعاً بنقل اليد فراجعه. وعلم من هذا أن بيع الخزف المخلوط بالرماد النجس والسرجين صحيح كالأزيار والقلل والجرر والمواجير وغيرها ويعفى عما يوضع فيها من المائعات فلا يتنجس.

(١) فيه أن الخمر يطهر بالاستحالة. ويجاب بأن طهره ليس مع بقاء كونه خمراً بل انتقل لكونه خلاً بخلاف جلد الميتة فإنه يطهر بالاستحالة مع كونه جلداً.

(٢) وهي ما عصرت أي عصر أصلها لا بقصد الخمرية على الراجح. وقيل هي التي عصرت بقصد الخلية والغاية للردّ على من قال بجواز بيع المحترمة هذا إن كان العاصر لها مسلماً أما خمرة الكافر فمحترمة مطلقاً لأنه لا يعتقد تحريمها ومع ذلك لا يصح بيعها مطلقاً ولو لكافر مثله وإن اعتقد الحل.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٤٧٩) والترمذي (١٢٧٩) والنسائي ٧/ ٣٠٩ وابن ماجة (٢١٥٩) والبيهقي في السنن ٦/ ٨ والحاكم ٢/ ٣٣.

. . . .

إذ لا نفع بها شرعاً. ويصح بيع آنية الذهب والفضة لأنهما المقصودان، ولا يشكل بما مر من منع بيع آلات الملاهي المتخذة منهما، لأن آنيتهما يباح استعمالها للحاجة بخلاف تلك. ولا يصح بين كتب الكُفْر والتَّنجيم والشعوذة والفلسفة كما جزم به في المجموع ولا بيع السمك في الماء إلا إذا كان في بركة صغيرة لا يمنع الماء رؤيته وسهل أخذه فيصح في الأصح، فإن كانت البركة كبيرة لا يمكن أخذه إلا بمشقة شديدة لم تصح على الأصح. وبيع الحمام في البرج على هذا التفصيل. ولا يصح بيع الطير في الهواء ولو حماماً اعتماداً على عادة عودها على الأصح، لعدم الوثوق بعودها إلا النحل فيصح بيعه طائراً على الأصح في الزوائد، وقيَّدَه في المهمات ـ تبعاً لابن الرفعة ـ بأن يكون اليعسوب[1] في الخلية فارقاً بينه وبين الحمام بأن النحل لا يقصد بالجوارح، بخلاف غيرها من الطيور فإنها تقصد بها، ويصح بيعه في الكوارة[2] إن شاهد جميعه، وإلا فهو من بيع الغائب فلا يصح.

تنبيه ـ سكت المصنف[3] عن أركان البيع، وهي ثلاثة كما في المجموع، وهي في الحقيقة ستة: عاقد، بائع ومشترٍ، ومعقود عليه: ثمن ومثمن، وصيغة ولو كناية وهي إيجاب[4]: كبعتك[5] وملكتك واشتر مني وكجعلته لك بكذا ناوياً البيع، وقبول: كاشتريت وتملكت وقبلت، وإن تقدم على الإيجاب كبعني بكذا، لأن البيع منوط

---

(١) أي أمه قال السيوطي اليعسوب هو ملك النحل وأميرها الذي لا يتم لها أمر إلا به.

(٢) فيها أربع لغات ضم الكاف وفتحها مع تشديد الواو فيهما وضم الكاف وكسرها مع تخفيف الواو وهي الخلية المتقدمة وغاير التعبير للتفنين.

(٣) أي عن التصريح وإلا فهي معلومة ضمناً من قوله بيع عين الخ لأن مبيع يتضمن العاقدين والعوضين والإيجاب والقبول.

(٤) يشترط في صحتها أي الصيغة أن يذكر المبتدي بائعاً أو مشترياً كلاًّ من الثمن والمثمن، وأما المجيب فلا يشترط أن يذكرهما ولا أحدهما فلو قال البائع بعتك كذا بكذا فقال قبلت أو قال المشتري اشتريت منك كذا بكذا فقال بعتك كفى فيهما فإن لم يذكر المبتدي منهما العوضين معاً لم يصح العقد.

(٥) أتى بالكاف إشارة لعدم الحصر في الأمثلة بل المدار على ما يدل على الرضا.

. . . .

بالرضا: لخبر: «إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ»[١] والرضا خفي، فاعتبر ما يدل عليه من اللفظ[٢]، فلا بيع بمعاطاة، ويـرد كل ما أخذه[٣] بها أو بدله إن تلف[٤]

وشرط في الإيجاب والقبول ـ ولو بكتابة أو إشارة أخرس ـ ألا يتخللهما[٥] كلام أجنبي[٦]

(١) أخرجه ابن ماجة (٢١٨٥) وابن حبان (١١٠٦) والبيهقي في السنن ١٧/٦ وبنحوه أخرجه أبو داود (٣٤٥٨) والترمذي (١٢٤٨).

(٢) أي لأن دلالته على ما في النفس من الرضا أقوى من دلالة القرائن عليه فلا يقال إن القرائن قد تدل على الرضا ومثل اللفظ ما يقوم مقامه كإشارة الأخرس المفهمة والمراد باللفظ ما يدل دلالة ظاهرة فخرج المعاطاة حيث اقترن بها لفظ ليست دلالته ظاهرة.

(٣) أي وجوباً ولو بلا طلب من الآخر فإن لم يرده فلا عقاب في الآخرة إن كان عن رضا كما قاله النووي لطيب النفس بها واختلاف العلماء فيها .

(٤) أي المثل في المثلي وأقصى القيمة في المتقوّم وكذا كل مقبوض بالشراء الفاسد، أي لأن المقبوض بالشراء الفاسد حكمه حكم المغصوب.

(٥) معلوم أن محل ذلك في الحاضر، أما الغائب فلا يضر تخلل الكلام من الكاتب ولا من المكتوب إليه قبل علمه بالكتاب.

(٦) بأن لا يكون من مقتضيات العقد كالقبض والانتفاع والرد بعيب ولا من مصالحه كشرط الرهن والإشهاد ولا من مستحباته كالخطبة بناء على أن الخطبة تستحب بين الإيجاب والقبول قياساً على النكاح كما قاله ح ل و م ر فهذا كله لا يضر والكلام الأجنبي غير ما تقدم بقدر ما أبطل الصلاة ولو حرفا مفهماً أو حرفين وإن لم يفهما. نعم يغتفر اليسير لنسيان أو جهل إن عذر كالصلاة ويغتفر لفظ قد لأنها للتحقيق شرح م ر ويغتفر لفظ والله اشتريت ويضر وأنا اشتريت وجملة ما ذكره من شروط الصيغة خمسة وذكر في شرح المنهج أربعة: الأول أن لا يغير الأول من العاقدين ما أتى به فلو قال بعتك ذا العبد بل الجارية فقبل لم يصح أو بعتك هذا بكذا! حالاً بل مؤجلاً لم يصح لضـعف الإيجاب بالتغيير. والثاني أن يتلفظ بحيث يسمعه من بقربه وإن لم يسمعه صاحبه بأن بلغه ذلك فوراً أو حملته الريح إليه فقبل. الثالث بقاء الأهلية إلى وجود الشق الثاني فلو جنّ الأول قبل وجود القبول لم يصح. الرابع أن يكون القبول ممن صدر معه الخطاب فلو قبل غيره في حياته أو بعد موته لم يصح. وبقي أربعة شروط أن يذكر المبتدىء منهما الثمن والمثمن، وأن يأتي بكاف الخطاب، وأن يضيف البيع لجملته فلو قال بعت يدك لم يصح إلا إن أراد التجوّز عن الجملة وأن يقصد اللفظ لمعناه. فلو سبق به لسانه أو كان أعجمياً لا يعرف معنى البيع لم يصح، وقوله بحيث يسمعه من بقربه فلو لم يسمعه من بقربه لم يصح البيع وإن سمعه صاحبه لحدة سمعه =

. . . .

عن العقد، ولا سكوت طويل وهو ما أشعر بإعراضه[١] عن القبول، وأن يتوافق الإيجاب والقبول معنى، فلو أوجب بألف مكسرة فقَبِلَ بصحيحه أو عكسه لم يصحّ. ويشترط أيضاً عدم التعليق. وعدم التأقيت، فلو قال: إن مات أبي فقد بعتك هذا بكذا، أو بعتكه بكذا شهراً، لم يصح.

وشرط في العاقد: بائعاً كان أو مشترياً ـ إطلاق تصرف، فلا يصح عقد صبي أو مجنون أو محجور عليه بسفه، وعدم إكراه بغير حق، فلا يصح عقد مكره في ماله[٢] بغير حق، لعدم رضاه، ويصح بحق كأن توجه عليه بيع ماله لوفاء دين فأكرهه الحاكم عليه[٣]. ولو باع مال غيره بإكراهه عليه صحّ، لأنه أبلغ في الإذن، وإسلام ما يشتري له، ـ ولو بوكالة ـ مصحف أو نحوه: ككتب حديث أو كتب علم فيها آثار السلف، أو مسلم أو مرتد لا يعتق عليه، لما في ملك الكافر للمصحف ونحوه من الإهانة،

= لأن لفظه وإن توقف فيه بعضهم فيكون شروط الصيغة ثلاثة عشر شرطاً. وظاهر أنه يغتفر من العامي فتح الياء في التكلم وضمها في التخاطب لأنه لا يفرق بينهما. ومثل ذلك إبدال الكاف ألفاً ونحوه سم. وظاهره ولو مع القدرة على الكاف من العامي ومفهومه أنه لا يكتفى بها من غير العامي وظاهر أن محله حيث قدر على النطق بالكاف.

(١) المعتمد أنه بقدر ما يقطع القراءة في الفاتحة وهو الزائد على سكتة التنفس أو القصير إذا قصد به الإعراض بخلاف السكوت الطويل لعذر من جهل أو نسيان فيضر كالفاتحة.

(٢) قال في شرح العباب ومحله إن لم يقصد إيقاع البيع وإلا صح كما بحثه الزركشي أخذاً من قولهم لو أكره على إيقاع طلاق فقصد إيقاعه صح القصدسم. فالصريح في حق المكره كناية كما ذكروه في الطلاق.

(٣) ليس بقيد بل مثله المتغلب كما قاله الزيادي والحاكم مخير بين أن يبيع بنفسه أو يأمره بالبيع بخلاف المتغلب ليس له البيع بنفسه.

فرع: لو قال شخص لآخر إن لم تبعني شيئاً من بهائمك وإلا قتلتك فباعه شيئاً منها صح البيع لأنه لم يكرهه على بيع شيء بعينه كذا أفتى به شيخنا زي أيضاً. ذكره الشيخ عبدالبر الأجهوري على المنهج ويصح بيع المصادر وهو بفتح الدال من ألجىء إلى دفع دراهم فباع بعض ماله ودفع تلك الدراهم. وكذا يصح بيع الحيلة وهو أن يبيع الفلاح بعض دوابه مثلاً بثمن يسير خوفاً من الملتزم أخذه منك فإن هذا صحيح إن لم يذكره في العقد وإلا فلا. ويصح عقد السكران المتعدي بسكره وإن كان غير مكلف لأنه من قبيل ربط الأحكام بالأسباب الذي هو خطاب الوضع.

. . . .

وللمسلم من الإذلال[(١)] . وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١] ولبقاء علقة الإسلام في المرتد، بخلاف من يعتق عليه كأبيه أو ابنه فيصح، لانتفاء إذلاله بعدم استقرار ملكه.

فائدة ـ يتصور دخول الرقيق المسلم في ملك الكافر في مسائل، نحو الأربعين صورة وقد ذكرتها في شرح المنهاج، وأفردها البلقيني بتصنيف دون الكراسة، والشامل لجميعها ثلاثة أسباب: الأول ـ الملك القهري، والثاني ـ ما يفيد الفسخ، الثالث ـ ما استعقب العتق[(٢)]، فاستفده فإنه ضابط مهم، ولبعضهم في ذلك نظم، وهو: [الرجز]

وَمُسْلِمٌ يَدْخُلُ مِلْكَ كَافِرِ ... بِالإِرْثِ وَالرَّدِّ بِعَيْبٍ ظَاهِرِ
إِقَالَةٌ[(٣)] وَفَسْخُهُ وَمَا وَهَبْ ... أَصْلٌ وَمَا اسْتَعْقَبَ عِتْقاً بِسَبَبْ

وتقدمت شروط المعقود عليه. ولو باع بنقد مثلاً وثَمَّ نقد غالب[(٤)] تعين، لأن

---

(١) عبر بالإذلال في جانب المسلم والإهانة في المصحف لأنه يعبر في حقيقة الإذلال أن يكون للمذلل شعور يميز به بين الحسن والقبيح في الجملة، لأنه يقال عند رؤية المصحف في يد من لا يعظمه أهانه ولا يقال أذله والمسلم بالعكس.

(٢) كأن اشترى الكافر أصله أو فرعه المسلم كل منهما فإن الشراء صحيح ويقدر دخوله في ملكه قبل العتق وقد اشتمل هذا النظم على الأسباب الثلاثة فالأولان للملك القهريّ والثلاثة بعدهما للفسخ والأخير لاستعقاب العتق.

(٣) بالجر على تقدير حرف العطف وهي والفسخ والرجوع في الهبة ترجع لقوله ما يفيد الفسخ. وصورة الإقالة أن يقيل البائع المشتري من المبيع بعد إسلام العبد فهي فسخ بلفظ الإقالة. وصورة الفسخ أن يختلف البائع والمشتري في قدر المثمن ولا بينة ثم يتحالفان ويفسخ العقد وكان ذلك بعد أن أسلم العبد فيرجع العبد للبائع. وصورة الهبة أن يهب الأصل لفرعه عبداً ثم يرجع فيه بعد أن أسلم العبد فيأخذه ولو كان مسلماً.

(٤) أي في مكان البيع قال في التحفة سواء كان كل منهما من أهلها أي بلد البيع ويعلم نقودها أو لا على ما اقتضاه إطلاقهم اهـ وفيه وقفة لمنافاته للتعليل الآتي ولأنه إذا جهل كل منهما نقود البلد كان الثمن مجهولاً لهما والوجه عدم العمل بهذا الإطلاق شوبري. وكلام الحلبي يوافق التحفة وهو أنه يتعين ولو مع جهلهما به أي نوع منه. وعلم بقوله غالب أن هناك نقداً آخر أو أكثر إذ لا أغلبية مع الانفراد لأنه متعين قطعاً وسواء اتحد النوعان جنساً أو نوعاً أو اختلفا.

الظاهر إرادتهما له، أو نقدان مثلاً ولو صحيحاً ومكسراً ولا غالب ـ اشترط تعيين لفظ إن اختلفت قيمتها، فإن استوت لم يشترط تعيين. وتكفي معاينة عوض عن العلم بقدره اكتفاء بالتخمين المصحوب بالمعاينة، وتكفي رؤية قبل عقد فيما لا يغلب تغيره إلى وقت العقد، ويشترط كونه ذاكراً للأوصاف عند العقد، بخلاف ما يغلب تغيره كالأطعمة. وتكفي رؤية بعض مبيع إن دَلَّ على باقية كظاهر صبرة نحو بر كشعير، أو لم يدل على باقيه بل كان صواناً للباقي لبقائه كقشر رمان وبيض وقشرة سفلى لجوز أو لوز: فتكفي رؤيته، لأن صلاح باطنه في إبقائه فيه، وخرج بالسفلى ـ وهو التي تكسر حالة الأكل ـ العليا، لأنها ليست من مصالح ما في باطنه، نعم إن لم تنعقد السفلى كاللوز الأخضر كفت رؤية العليا، لأن الجميع مأكول، ويجوز بيع قصب السكر في قشره الأعلى، لأن قشره الأسفل كباطنه، لأنه قد يمص معه، ولأن قشره الأعلى لا يستر جميعه. ويصح سلم الأعمى وإن عمي قبل تمييزه ـ بعوض في ذمته، يعين في المجلس، ويوكل من يقبض عنه أو من يقبض له رأس مال السلم والمسلم فيه، لو كان رأى قبل العمى شيئاً مما لا يتغير قبل عقده صحّ عقده عليه كالبصير، ولو اشترى البصير شيئاً ثم عمي قبل قبضه لم ينفسخ فيه البيع كما صححه النووي، ولا يصح بيع البصل والجزر ونحوهما في الأرض، لأنه غرر.

(فَصْـلٌ) فِي الـرِّبَا

وهو ـ بالقصر لغة الزيادة، قال الله تعالى: ﴿اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ﴾ [فصلت: ٣٩] أي زادت ونمت.

وشرعاً: عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد، أو مع تأخير في البدلين أو أحدهما.

وهو على ثلاثة أنواع: ربا الفضل، وهو البيع مع زيادة أحد العوضين على الآخر، وربا اليد، وهو البيع مع تأخير قبضهما أو قبض أحدهما، وربا النَّسَاء، وهو البيع لأجل.

والرِّبَا حَرَامٌ فِي الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْمَطْعُومَاتِ.

(والربا حرام)، لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] ولقوله ﷺ: «لَعَنَ اللَّهُ آكِلَ الرِّبَا وَمُوكِلَهُ وَشَاهِدَهُ وَكَاتِبَهُ»[١] وهو من الكبائر، قال الماوردي: لم يحل في شريعة قط، لقوله تعالى: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ﴾ [النساء: ١٦٣] يعني في الكتب السالفة. والقصد بهذا الفصل. بيع الربوي وما يعتبر فيه ـ زيادة على ما مرّ ـ وهو لا يكون إلا (في الذهب والفضة) ولو غير مضروبين (و) في (المطعومات) لا في غير ذلك. والمراد بالمطعوم ما قصد[٢] للطعم: اقتياتاً[٣] أو تفكهاً، أو تداوياً: كما يؤخذ ذلك من قوله ﷺ: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ، مِثْلاً بِمِثْلٍ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ، يَداً بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَت هَذِهِ الأَجْنَاسُ ـ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ: إِذَا كَانَ يَداً بِيَدٍ»[٤] أي مقابضة فإنه نص فيه على البر والشعير والمقصود منهما التقوت، فألحق بهما ما في معناهما كالأرز والذرة ونص على التمر والمقصود منه التفكه والتأدم، فألحق به ما في معناه كالزبيب والتين، وعلى الملح والمقصود منه الإصلاح، فألحق به ما في معناه كالمصطكى[٥] والزنجبيل، ولا فرق بين ما يصلح الغذاء أو يصلح البدن، فإن الأغذية تحفظ الصحة والأدوية ترد الصحة.

ولا ربا في حب الكتان ودهنه ودهن السمك، لأنها لا تقصد للطعم. ولا فيما

---

(١) أخرجه مسلم ٣/١٢١٩ (١٠٦ ـ ١٥٩٨).

(٢) أي قصده الله تعالى أي أراده الله لأن القصد يطلق ويراد به إرادة الله تعالى ويعلم ذلك بأن يخلق الله علماً ضرورياً لبعض أصفيائه كآدم بأن هذا للآدميين وهذا للبهائم. قال الرشيدي: واعلم أن الظاهر أن المراد بقولهم قصد للآدميين مثلاً أن يكون الآدمي يقصده للتناول منه وهذا غير التناول بالفعل وإلا فما معنى كون الطين الأرمني مقصوداً للآدمي؟ ويجوز أن يكون المراد بكونه قصد للآدمي مثلاً أنه يظهر من الحكمة الأزلية أن الله سبحانه وتعالى لم يخلق هذا إلا لطعم الآدمي.

(٣) مفعول لأجله أو تمييز محول عن نائب الفاعل أي قصد تقويه شبري.

(٤) أخرجه مسلم ٣/١٢١١ (٨١ ـ ١٥٨٧).

(٥) بالفتح والضم ويمد في الفتح فقط علك أي معلوك رومي أبيض نافع للمعدة والمقعدة والأمعاء والكبد والسعال شرباً والنكهة واللثة ويفتق الشهوة ويفتح السدد أي العقد التي في المعدة والأولى في استعمالها في التداوي شرباً أن تغلى وتقصر على النار حتى تنقص الثلث.

وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ، وَلاَ الفِضَّةُ كَذَلِكَ، إلاَّ مُتَمَاثِلاً نَقْداً.
وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ مَا ابْتَاعَهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ.

اختص به الجن: كالعظم. أو البهائم كالتبن والحشيش، أو غلب تناولها له، أما إذا كانا على حد سواء ـ فالأصح ثبوت الربا فيه، ولا ربا في الحيوان مطلقاً، سواء أجاز بلعه كصغار السمك أم لا، لأنه لا يعد للأكل على هيئته.

(ولا يجوز بيع) عين (الذهب بالذهب، و(لا) بيع)عين (الفضة كذلك) أي بالفضة (إلا) بثلاثة شروط:

الأول ـ كونه (متماثلاً) أي متساوياً في القدر من غير زيادة حبة، ولا نقصها.

(و) **الثاني** ـ كونه (نقداً) أي حالاً غير نسيئة في شيء منه.

(و) **الثالث** ـ كونه: مقبوضاً قبل التفرق أو التخاير، للخبر السابق، وعلة الربا في الذهب والفضة ـ ـ جنسية الأثمان غالباً، كما صححه في المجموع، ويعبر عنها أيضاً بجوهرية الأثمان غالباً، وهي منتفية عن الفلوس وغيرها من سائر العروض واحترز بغالباً عن الفلوس إذا راجت: فإنها لا ربا فيها كما مرّ. ولا أثر لقيمة الصنعة في ذلك، حتى لو اشترى بدنانير ذهباً مصوغاً قيمته أضعاف الدنانير ـ اعتبرت المماثلة، ولا نظر إلى القيمة. والحيلة في تمليك الربوي بجنسه متفاضلاً ـ كبيع ذهب بذهب متفاضلاً ـ أن يبيعه من صاحبه: بدراهم أو عرض، ويشتري منه بها أو به ـ الذهب بعد التقابض فيجوز وإن لم يتفرقا ولم يتخايرا.

(ولا يجوز) أي ولا يصح (بيع ما ابتاعه) ولا الإشراك[1] فيه ولا التولية (حتى يقبضه) سواء: أكان منقولاً أم عقاراً، أذن البائع وقبض الثمن أم لا؛ لخبر: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَاماً فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيه» قال ابن عباس[2] ولا أحسب[3] كل شيء إلا مثله، رواه

---

(١) عطفهما على البيع من عطف الخاص لأنهما بيع بلفظ خاص والاشراك بيع بعض المبيع بأن يقول أشركتك فيه بنصف الثمن والتولية بيع جميع المبيع بمثل الثمن الأول أو بما قام عليه كأن يقول من اشترى سلعة لآخر وليتك المبيع بما اشتريت أو بجميع ما قام علي به.

(٢) و هو قول صحابي وهو لا يستدل ويجاب به بأنه بلغه بتوقيف من النبي أو أجمع عليه الصحابة فيحتج به.

(٣) أي لا أعتقد كل شيء أي من غير الطعام إلا مثله في منع بيعه قبل قبضه قياساً عليه. =

. . . .

الشيخان، وبيعه المبيع ـ كغيره[١] فلا يصح، لعموم الأخبار ولضعف الملك. والإجارة والكتابة والرهن والصداق[٢] والهبة والإقراض، وجعله عوضاً في نكاح أو خلع أو صلح أو سلم أو غير ذلك ـ كالبيع: فلا يصح، بناء على أن العلة في البيع ضعف الملك. ويصح الإعتاق لتشوف الشارع إليه، ونقل ابن المنذر فيه الإجماع، وسواء أكان للبائع حق الحبس أم لا: لقوته وضعف حق الحبس. والاستيلاد والتزويج والوقف ـ كالعتق. والثمن المعين كالمبيع قبل قبضه فيما مر. وله التصرف في ماله. وهو في يد غيره أمانة. كوديعة، ومشترك، وقراض، ومرهون بعد انفكاكه، وموروث[٣]، وباقي في يد وليه بعد فك الحجر عنه؛ لتمام ملكه على ذلك، ولا يصح

= والحاصل أن يقال مال الشخص تحت يد غيره على ثلاثة أقسام: إما أن يكون مضموناً بعقد كالمبيع والثمن والمهر تحت يد الزوج فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه إلا فيما استثنى. وإما أن يكون مضموناً بغير عقد كالمغصوب والمستام والمعار فيجوز التصرف فيه قبل قبضه، وإما غير مضمون بالكلية ولم يتعلق به حق ولا عمل جاز التصرّف فيه قبل قبضه كالمال المشترك تحت يد الشريك أو الوكيل أو تحت يد العامل والرهن بعد انفكاكه ونحو ذلك. فإن تعلق به عمل كالمستأجر عليه من نحو خياط أو قصار أو صباغ أو طحان فإن فرغ ودفع له الأجرة صحّ وإلا فلا ميداني. فليس له تصرّف فيه قبل العمل وكذا بعده إن لم يكن سلم الأجرة شرح المنهج وقوله وكذا بعده الخ أي إن زادت قيمة الثوب بسبب الصبغ وإلا صح تصرفه فيه.

(١) ومحل منع بيع المبيع أو الثمن من البائع أو المشتري إذا لم يكن بعين المقابل أو بمثله إن تلف أو كان في الذمة بأن كان بغير جنس الثمن أو بزيادة أو نقص أو تفاوت صفة وإلا بأن كان بعين المقابل أو بمثله إن تلف أو كان في الذمة فهو إقالة بلفظ المبيع فيصح.

(٢) أي والنكاح صحيح ويرجع لمهر المثل وعبارة م ر والصدقة بدل الصداق وهي أولى فلعله من تحريف الناسخ لئلا يلزم التكرار في قوله وجعله عوضاً في نكاح ويمكن أن صورته أنه جعل المبيع قبل القبض عوضاً عن صداق في ذمته فلا يجوز والصداق على حاله بذمته. وصورته أن يجعل لزوجته صداقاً في ذمته ثم يجعل المبيع قبل قبضه عوضاً عن ذلك الصداق ويكون المعنى وجعله عوضاً عن مهر مسمى في نكاح والصداق في الأولى صورته أن يجعل المبيع قبل قبضه صداقاً لزوجته فلا تكرار.

(٣) أي كان للمورث التصرّف فيه بأن كان اشتراه وقبضه أما لو كان اشترى شيئاً ومات قبل قبضه فليس للوارث التصرّف فيه لأن يده كيد مورثه والموروث ليس أمانة فالتمثيل به فيه نظر وقد يقال إنه بعد موت المورّث يكون أمانة عند من وضع يده عليه.

. . . .

بيع المسلم(١) فيه ولا الاعتياض عنه قبل قبضه، ويجوز الاستبدال(٢) عن الثمن الثابت في الذمة فإن استبدل موافقاً في علة الربا كدراهم عن دنانير أو عكسه ـ اشترط قبض البدل في المجلس، حذراً من الربا. ولا يشترط تعيينه(٣) في العقد، لأن الصرف على ما في الذمة جائز، ويصح(٤) بيع الدين بغير دين لغير من هو عليه كما رجحه في الروضة وإن رجح في المنهاج البطلان أما بيع الدين بالدين (٥) فلا يصح، سواء اتحد

---

(١) أي بما لا يتضمن إقالة وإلا صح ومثل المسلم فيه المبيع في الذمة بلفظ البيع وهذان من المثمن ومثلهما من الثمن رأس مال السلم والربويّ المبيع بربويّ آخر ومثلها الأجرة في إجارة الذمة، فهذه المسائل الخمس لا يجوز فيها الاعتياض ولا البيع. والمراد بقوله لا يصح بيع المسلم فيه أي لغير من هو عليه أما من هو عليه فيصح بيعه له برأس مال السلم أو بمثله إن تلف فيكون إقالة ولا اعتياض عنه أي ممن هو عليه وهذه عادة الفقهاء يعبرون عن البيع لغير من هو عليه بالبيع ولمن هو عليه بالاستبدال أو الاعتياض. وهذا أعني قوله ولا يصح بيع المسلم فيه تعميم في قول المتن ولا يصح بيع ما ابتاعه الخ فهو من جملة المنطوق فكان الأولى تقديمه على التكلم على المفهوم بقوله والثمن المعين.

(٢) وهو بيع الدين لمن هو عليه ولا بد من صيغة استبدال أو نحوه أي بلفظ صريح كاستبدلت عن الثمن الذي في ذمتك بكذا مثلاً أو بلفظ كناية كاستعوضت عن الثمن الذي في ذمتك بكذا مثلاً، وسواء كان الاستبدال بعين أو بدين منشأ.

(٣) أي البدل اكتفاء بالقبض في المجلس اللازم له تعيينه وقوله لأن الصرف أي العقد الواقع على ما في الذمة جائز. وقال بعضهم قوله لأن الصرف أي بيع النقود بعضها ببعض. وعبارة شرح المنهج كما لو تصارفا في الذمة اهـ كأن قال بعتك ديناراً في ذمتي بدينار في ذمتك قال الدميري وبيع النقد بالنقد من جنسه ومن غير جنسه يسمى صرفاً. قال ابن يونس سمي بذلك لصرف حكمه عن أحكام البيع وعندي أنه مشتق من الصريف وهو الفضة. قال الشاعر:

بنــي غــدانــة مــا إن أنتــم ذهــب ... ولا صــريــف ولكــن أنتــم الخــزف

(٤) ويشترط كون المديون مليئاً فقيراً وأن يكون الدين حالاً مستقراً ويشترط أن يكون غير المسلم فيه كما في شرح. أي قياساً على بيعه المذكور المتفق عليه فقوله كما رجحه راجع للأول. وحاصل المعتمد أن بيع الدين لغير من هو عليه لا بد فيه من القبض في المجلس مطلقاً سواء اتفقا في علة الربا أم اختلفا ليخرج عن بيع الدين بالدين. وأما بيع الدين لمن هو عليه فلا يشترط القبض إلا في متحدي العلة أما مختلفها فيشترط فيه التعيين فقط.

(٥) أي الثابت قبل كأن استبدل عن دينه ديناً آخر كأن كان له على عمرو دين وزيد له على بكر =

. . . .

الجنس أم لا، للنهي عن البيع الكالىء بالكالىء [(١)] وفسر ببيع الدين بالدين.

وقبض غير منقول [(٢)] من أرض وشجر ونحو ذلك ـ بالتخلية لمشتر: بأن يمكنه منه البائع، ويسلمه المفتاح، وتفريغه من متاع غير المشتري، نظراً للعرف في ذلك. وقبض المنقول من سفينة وحيوان وغيرهما ـ بنقله مع تفريغ السفينة المشحونة بالأمتعة، نظراً للعرف فيه، ويكفي في قبض الثوب ونحوه مما يتناول باليد التناول.

= فاستبدل ما على عمرو بالدين الذي على بكر بأن يأخذ زيد ما على عمرو وصاحب الدين يأخذ ما على بكر. وخرج بقولنا الثابت قبل بيع الدين بدين منشأ في الذمة لا ثابت قبل فيجوز بالشرط السابق.

(١) بالهمز كما ضبطه شراح الحديث فتح الباري لابن حجر على البخاري وهو من الكلاءة وهي الحفظ، ولا شك أن الدين محفوظ فكيف أطلق عليه اسم الفاعل والقياس واسم المفعول. وجوابه أنه متأول ومن جملة ما قيل في تأويله أنه وضع الأول موضع الثاني مجازاً كما في «ماء دافق» أي مدفوق شوبري فيكون معناه المكلوء أي المحفوظ.

(٢) مرتبط بقول المتن حتى يقبضه فكأن سائلاً قال له وما الذي يحصل به القبض فقال وقبض الخ. وحاصل ما ذكر فيه ست صور لأن قوله وقبض غير منقول صادق بالحاضر والغائب لكن كل منهما ليس بيد المشتري وقوله وقبض المنقول كذلك وقوله ولو كان المبيع تحت يد المشتري فيه صورتان فهذه ستة وبقي المنقول وغيره الغائبان اللذان تحت يد المشتري وحكمهما أن قبضهما يحصل بمضيّ زمن يمكن فيه الوصول إليهما ويمكن فيه النقل أو التخلية ولا يشترط فيهما نقل ولا تخلية بالفعل.وهذا التفصيل إنما هو في القبض المتوقف على صحة التصرف في المبيع فيتوقف على النقل في المنقول والتخلية في غيره وعلى إذن البائع في التصرّف إن كان له حق الحبس وعلى تفريغ كل من أمتعة غير المشتري وعلى تقدير كل إن كان مقدراً وعلى مضي زمن من حين الإذن في القبض يمكن فيه الوصول إليه إن كان غائباً بيد المشتري أو بيد غيره، أما القبض الناقل للضمان عن يد البائع إلى يد المشتري فمداره على استيلاء المشتري عليه، وعبارة البرماوي حاصلة أن المبيع إما منقول أو غير منقول وعلى كل إما غائب أو حاضر فهذه أربعة وعلى كل إما أن يكون بيد البائع أو غيره من المشتري أو أجنبي وعلى كل إما أن يكون مشغولاً أو غير مشغول والمشغول إما بأمتعة البائع أو المشتري أو أجنبي، استثنى السبكي الحقير من الأمتعة كالحصير وبعض الماعون فلا يقدح في التخلية. ولو جمعت الأمتعة في بيت من الدار وخلي بين المشتري وبينها حصل القبض فيما عداه فإن نقلت منه إلى بيت آخر منها حصل القبض في الجميع.

. . . .

وإتلاف المشتري [١] المبيع قبض له. ولو كان المبيع تحت يد المشتري. أمانة أو مضموناً وهو حاضر، ولم يكن للبائع حق الحبس ـ صار مقبوضاً بنفس العقد بخلاف ما إذا كان له حق الحبس، فإنه لا بد من إذنه. ولو اشترى الأمتعة مع الدار حقيقة اشترط في قبضها نقلها كما لو أفردت. ولو اشترى صبرة ثم اشترى مكانها لم يكف. والسفينة من المنقولات كما قاله ابن الرفعة؛ فلا بد من تحويلها وهو ظاهر في الصغيرة، وفي الكبيرة في ماء تسير به. أما الكبيرة في البر فكالعقار فيكفي فيها التخلية لعسر النقل.

فروع ـ للمشتري استقلال بقبض المبيع إن كان الثمن مؤجلاً، وإن حل أو كان حالاً كله أو بعضه وسلم الحال لمستحقه. وشرط في قبض ما بيع مقدراً [٢] مع ما مر

(١) أي المالك وإن لم يباشر العقد لا وكيله وإن باشر بل هو كالأجنبي وسواء في ذلك أذن له المالك في القبض أم لا م ر وقوله قبض أي إن كان الخيار له أو لهما وإلا انفسخ البيع .وإتلاف الأجنبي له يتخير فيه المشتري بين الفسخ والإجازة وتلفه بنفسه كإتلاف البائع له فينفسخ به البيع ومحله أي محل كون إتلاف المشتري قبضاً إذا كان الإتلاف بغير حق، أما إتلافه له بحق كصيال وقود وكردة والمشتري الإمام أو نائبه فليس بقبض شرح المنهج .ومحله أيضاً إذا كان أهلاً للقبض فخرج الصبي فإتلافه غير قبض بل عليه البدل ويرد البائع الثمن لانفساخ البيع، وقد يتقاصان بأن يكون ما وجب على الصبي من البدل مثل ما وجب على البائع للولي كأن اشترى ولي الصبي ديناراً بدينار ووجدت الشروط الثلاثة فإنه يقع التقاصّ حينئذ.

(٢) كأن قال بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم أو بعتكها بعشرة على أنها عشرة آصع ثم إن اتفقا على كيال مثلاً فذاك وإلا نصب الحاكم أميناً يتولاه فلو قبض ما ذكر جزافاً لم يصح القبض لكن يدخل المقبوض في ضمانه شرح المنهج .أي ضمان يد والمعتمد أنه ضمان عقد م ر ولا منافاة بينهما لأنه ضمان يد وإن تلف وخرج مستحقاً وضمان عقد إن لم يخرج مستحقاً ومن ثم قال ح ل إنه مضمون ضمان يد وعقد أجرة الكيال بالنسبة للمبيع على البائع كأجرة إحضاره إلى محل العقد وبالنسبة للثمن على المشتري وأجرة نقد الثمن على البائع وأجرة نقد المبيع على المشتري لأن القصد إظهار عيب به إن كان ليرده ولو أخطأ الكيال وما بعده ضمن بخلاف خطأ النقاد العارف ولو بأجرة فإنه لا يضمن إذا تعذر الرجوع به على المشتري كما أفتى به م ر لأنه مجتهد لكن لا أجرة له، وقال الإطفيحي إذا كان النقاد غير أهل يضمن على المعتمد، وأما القباني فيضمن لأنه غير مجتهد فهو مقصر كالكيال والوزان والعداد. أما لو أخطأ ناقش القبان وهو الحديدة فإنه يضمن.

وَلاَ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ،

نحو ذرع من كيل ووزن. ولو كان لبكر طعام مثلاً مقدر على زيد كعشرة آصع ولعمرو عليه مثله فليكتل لنفسه من زيد ثم يكتل لعمرو ليكون القبض والإقباض صحيحين، ويكفي استدامته في نحو المكيال، فلو قال بكر لعمرو: «اقبض من زيد ما لي عليه لك ففعل فسد القبض له، لاتحاد القابض والمقبض، ولكل من العاقدين حبس عوضه حتى يقبض مقابله إن خاف فوته: بهرب أو غيره فإن لم يخف فوته وتنازعا في الابتداء أجبرا إن عين الثمن: كالمبيع، فإن كان في الذمة أجبر البائع، فإذا سلم أجبر المشتري إن حضر الثمن، وإلا فإن أعسر به فللبائع الفسخ بالفلس، وإن أيسر: فإن لم يكن ماله بمسافة القصر حجر عليه[١] في أمواله كلها[٢] حتى يسلم الثمن، وإن كان ماله بمسافة القصر كان له الفسخ. فإن صبر فالحجر كما مر[٣]، ومحل الحجر في هذا وما قبله إذا لم يكن محجوراً عليه بفلس، وإلا فلا حجر، وأما الثمن المؤجل فليس للبائع حبس المبيع به لرضاه بتأخيره، ولو حل قبل التسليم فلا حبس أيضاً.

(ولا) يجوز (بيع اللحم)[٤] وما في معناه كالشحم والكبد والقلب والكلية والطحال والألية (بالحيوان) من جنسه أو بغير جنسه، من مأكول، كبيع لحم البقر

(١) أي ولا فسخ أي حجر عليه الحاكم وهذا يسمى بالحجر الغريب إذ يفارق يرجع الفلس في أنه لا حجر فيه بعين المبيع ولا يتوقف على سؤال غريم ولا على فك قاض بل ينفك بمجرد التسليم على الأوجه ولا على نقص ماله عن الوفاء لعذر البائع هنا حيث سلم بإجبار.الحاكم ومن ثم لو سلم متبرعاً اعتبر النقص كما في الفلس وفي أنه ينفق على ممونه نفقة موسر ولا يتعدى للحادث ولا يباع فيه مسكن وخادم لإمكان الوفاء من غيرهما أي إذا كان في المال سعة.

(٢) إن كانت ألوفاً والثمن درهماً لئلا يتصرف فيها بما يفوت حق البائع وقوله كان له الفسخ أي وأخذ المبيع لتعذر تحصيل الثمن كالإفلاس به فلا يكلف الصبر إلى إحضار المال لتضرره بذلك.

(٣) أي في أمواله كلها حتى يسلم الثمن وقوله ومحل الحجر في هذا أي قوله فإن صبر فالحجر وقوله وما قبله أي قوله حجر عليه في أمواله .

(٤) خرج به اللبن والبيض فيجوز بيعهما بالحيوان نعم إن كان في مثله من جنسه كبيع لبن شاة بشاة في ضرعها لبن وبيض دجاجة بدجاجة فيها بيض لم يصح للربا وكذا بيع حيوان بمثله فيهما لبن كبقرة بمثلها فيهما ذلك أو فيهما بيض كدجاجة بمثلها فيهما ذلك فلا يصح. واللحم بسكون الحاء وتحرك وجمعه لحوم ولحمان بالضم ولحام بالكسر.

وَيَجُوزُ بَيْعُ الذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ مُتَفَاضِلاً نَقْداً وَكَذَلِكَ الْمَطْعُومَاتُ: لاَ يَجُوزُ بَيْعُ الْجِنْسُ مِنْهَا بِمِثْلِهِ إِلاَّ مُتَمَاثِلاً نَقْداً.

بالضأن، وغيره كبيع لحم الضأن بحمار، للنهي عن بيع اللحم بالحيوان. أما بيع الجلد بالحيوان فيصح بعد دبغه. بخلاف قبله.

(ويجوز بيع الذهب بالفضة) وعكسه (متفاضلاً) أي زائداً أحدهما على الآخر بشرطين، الأول: كونه (نقداً) أي حالاً، والثاني كونه مقبوضاً بيد كل منهما قبل تفرقهما أو تخايرهما.

(وكذلك المطعومات) المتقدم بيانها (لا يجوز بيع الجنس منها) أي المطعومات (بمثله) سواء اتفق نوعه أم اختلف (إلا) بثلاثة شروط: الأول ـ كونه (متماثلاً) والثاني ـ كونه (نقداً) والثالث ـ كونه مقبوضاً بيد كل منهما قبل تفرقهما أو تخايرهما كما مر بيانه في بيع النقد بمثله، والمماثلة تعتبر في المكيل كيلاً وإن تفاوت في الوزن، وفي الموزون وزناً وإن تفاوت في الكيل، والمعتبر في كون الشيء مكيلاً أو موزوناً غالب عادة أهل الحجاز في عهد رسول الله ﷺ: لظهور أنه اطلع على ذلك وأقره، وما لم يكن في ذلك العهد، أو كان وجهل حاله وجرمه: كالتمر يراعى فيه عادة بلد البيع، فإن كان أكبر منه فالوزن ولو باع جزافاً نقداً أو طعاماً بجنسه تخميناً[1] لم يصح البيع وإن خرجا سواء؛ للجهل بالمماثلة عند البيع، وهذا معنى قول الأصحاب: «الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة» وتعتبر المماثلة للربوي حال الكمال، فتعتبر في الثمار والحبوب وقت الجفاف وتنقيتها، فلا يباع رطب المطعومات برطبها ـ بفتح الراء فيهما ـ ولا بجافها إذا كانت من جنس إلا في مسألة العرايا، ولا تكفي مماثلة الدقيق والسويق والخبز، بل تعتبر المماثلة في الحبوب حباً، وفي حبوب الدهن كالسمسم ـ بكسر السينين ـ حباً أو دهناً، وفي العنب والرطب زبيباً أو تمراً، أو خل عنب ورطب أو عصير ذلك، وفي اللبن لبناً أو سمناً خالصاً مصفى بشمس أو نار، فيجوز بيع بعضه ببعض وزناً وإن كان مائعاً على النص، فلا تكفي

---

(١) أشار به إلى أنه لو باع جزافاً بغير تخمين كان أولى بالبطلان للجهل بالمماثلة بتفاوت الدقيق في النعومة والخشونة والخبز في تأثير النار ويجوز بيع ذلك بالنخالة لأنها ليست ربويّة.

وَيَجُوزُ بَيْعُ الْجِنْسِ مِنْهَا بِغَيْرِهِ مُتَفَاضِلاً نَقْداً. وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ الْغَرَرِ.

مماثلة ما أثرت فيه النار بالطبخ أو القلي أو الشي ولا يضر تأثير تمييز كالعسل والسمن.

(ويجوز بيع الجنس منها) أي المطعومات (بغيره) كالحنطة بالشعير (متفاضلاً) بشرطين: الأول ـ كونه (نقداً) أي حالاً، والثاني ـ كونه مقبوضاً بيد كل منهما قبل تفرقهما أو قبل تخايرهما.

(ولا يجوز بيع الغرر). وهو غير المعلوم للنهي عنه. ولا يشترط العلم به من كل وجه بل يشترط العلم بعين المبيع وقدره وصفته فلا يصح بيع الغائب إلا إذا كان رآه قبل العقد وهو مما لا يتغير غالباً كالأرض والأواني والحديد والنحاس ونحو ذلك كما مرت الإشارة إليه في الفصل قبل هذا.

وتعتبر رؤية كل شيء بما يليق به: ففي الكتاب لا بد من رؤيته ورقة ورقة، وفي الورق البياض رؤية جميع الطاقات، وفي الدار لا بد من رؤية البيوت والسقوف والسطوح والجدران والمستحم والبالوعة، وكذا رؤية الطريق كما في المجموع، وفي البستان رؤية الأشجار ومجرى مائه، وكذا يشترط رؤية الماء الذي تدور به الرحى خلافاً لابن المقري لاختلاف الغرض، ولا يشترط رؤية أساس جدران البستان ولا رؤية عروق الأشجار ونحوهما، ويشترط رؤية الأرض في ذلك ونحوه ولو رأى آلة بناء الحمام وأرضها قبل بنائها لم يكف عن رؤيتها، كما لا يكفي في التمر رؤيته رطباً، كما لو رأى سخلة أو صبياً، فكهلاً ـ لا يصح بيعهما بلا رؤية أخرى. ويشترط في الرقيق ذكراً كان أو غيره رؤية ما سوى العورة لا اللسان والأسنان. ويشترط في الدابة رؤية كلها حتى شعرها، فيجب رفع السرج والإكاف. ولا يشترط إجراؤها ليعرف سيرها، ولا يشترط في الدابة رؤية اللسان والأسنان، ويشترط في الثوب نشره ليرى الجميع، ولو لم ينشر مثله إلا عند القطع، ويشترط في الثوب رؤية وجهي ما يختلف منه كأن يكون صفيقاً كديباج منقش وبسط، بخلاف ما لا يختلف وجهاه ككرباس[1] فتكفي رؤية

---

(١) ثوب من القطن الأبيض كما في القاموس لكن مراد الفقهاء أعمّ من ذلك.

فَصْـلٌ

أحدهما. ولا يصح بيع اللبن في الضرع وإن حلب منه شيء ورئـي قبل البيع؛ للنهي عنه، ولعدم رؤيته ولا يصح بيع الصوف قبل الجز أو التذكية[١] لاختلاطه بالحادث، فإن قبض قطعة وقال: «بعتك هذه» صح. ولا يصح بيع مسك مختلط بغيره، لجهل المقصود كنحو لبن مخلوط بنحو ماء نعم إن كان معجوناً بغيره: كالغالية والند ـ صح، لأن المقصود جميعها لا المسك وحده، ولو باع المسك في فأرته لم يصح. ولو فتح رأسها كاللحم في الجلد فإن رآها فارغة ثم ملئت مسكاً لم يره ثم رأى أعلاه من رأسها أو رآه خارجها ثم اشتراه بعد رده إليها ـ جاز.

(فَصْـلٌ فِي أَحْكَامِ الـخِيَـارِ)

ولما فرغ المصنف من صحة العقد وفساده شرع في لزومه[٢] وجوازه، وذلك بسبب الخيار. والأصل في البيع اللزوم[٣]، لأن القصد منه نقل الملك، وقضية الملك التصرف، وكلاهما فرع اللزوم، إلا أن الشارع أثبت فيه الخيار رفقاً بالمتعاقدين.

وهو نوعان. خيار تَشَهٍ[٤]، وخيار نقيصة، فخيار التشهي: ما يتعاطاه المتعاقدان

---

(١) هي عبارة الروض. قال شيخ الإسلام أو في كلام المصنف بمعنى الواو وبها عبر في نسخة اهـ مرحومي أي لأن عدم صحة بيع الصوف مشروط بشرطين أن يكون قبل الجز وأن يكون قبل التذكية. أما بعد جزه فيجوز وكذا بعد التذكية لأنه لا يزيد بعدها فلا يخلط بحادث وهذا يؤخذ من تعليل الشرح.

(٢) والحاصل أن البيع ينحصر في خمسة أطراف: الطرف الأول: في صحته وفساده. الطرف الثاني: في جوازه ولزومه. الطرف الثالث: في حكمه قبل القبض وبعده. الطرف الرابع: في ألفاظ تتأثر بالقرائن. الطرف الخامس: في التحالف ومعاملة الرقيق زيادي، وقوله تتأثر بالقرائن أي وتستتبع غير مسماها كبعتك الأرض فإنه يدخل ما فيها من الشجر إذ مسمى الشجر غير مسمى الأرض.

(٣) أي وضعه اللزوم بدليل قوله إلا أن الشارع الخ أي فالخيار عارض لكن خيار المجلس صار كاللازم بدليل بطلان العقد بنفيه.

(٤) من إضافة المسبب للسبب أي خيار سببه الشهوة والخيرة وهذا ظاهر في خيار الشرط أما خيار المجلس فيثبت قهراً. ويجاب بأن المراد ما يثبت أصله بالشهوة وهو خيار الشرط أو دوامه واستمراره في خيار المجلس فإنه باختيارهما أو أن الموصوف بالشهوة هو أثره من الفسخ والإجازة وهذا التقدير يجري في قوله ما يتعاطاه.

وَالْمُتَبَايِعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا

باختيارهما[١] وشهوتهما من غير توقف على فوات أمر في المبيع، وسببه المجلس أو الشرط.

وقد بدأ بالسبب الأول من النوع الأول: (والمتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا) ببدنهما عن مجلس العقد، أو يختارا لزوم العقد كقولهما: تخايرنا، فلو اختار أحدهما لزومه ـ سقط حقه من الخيار، وبقي الحق فيه للآخر لما روى الشيخان أنه ﷺ قال: «الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا»[٢] أو يقول أحدهما للآخر: اختر، ويثبت خيار المجلس قهراً في كل بيع[٣] وإن استعقب عتقاً[٤] كشراء بعضه، وذلك كربوي وسلم وتولية وتشريك. لا في بيع عبد منه، ولا في بيع ضمني، لأن مقصودهما العتق، ولا في قسمة غير رد[٥] ولا في رد ولا في حوالة ولا في إبراء وصلح حطيطة ونكاح وهبة

(١) كيف هذا مع أن خيار المجلس يثبت قهراً حتى لو نفياه بطل العقد. وأجيب بأن معنى كونه باختيارهما أن استمراره باختيارهما أو أن أثره من الفسخ والإجازة باختيارهما ويدل عليه قول الشارح ما يتعاطاه الخ.

(٢) أخرجه البخاري ٤/ ٣٣٧ (٢١١٧) ومسلم ٣/ ١١٦٥ (٤٨ ـ ١٥٣٣).

(٣) أي في كل ما يسمى بيعاً كما يأتي وضبطه بعضهم بقوله يثبت خيار المجلس في كل معاوضة محضة واقعة على عين لازمة من الجانبين ليس فيها تملك قهري ولا جارية مجرى الرخص اهـ ق ل والمحضة هي التي تفسد بفساد المقابل وقوله واقعة على العين أي أو على منفعة بلفظ البيع كبيع حق وضع خشبة على جدار جاره فخرج بالمعاوضة الهبة والإبراء وصلح الحطيطة لأنه في الدين إبراء وفي العين هبة وبالمحضة النكاح والخلع فإنهما لا يفسدان بفساد المقابل بخلاف البيع وبالواقعة على العين الإجارة وبلازمة من الجانبين الشركة والقراض والرهن والكتابة لأن الأولين جائزان من الجانبين والأخيرين من جانب واحد ولا معنى لثبوت الخيار فيهما هو جائز ولو من جانب. وبقوله ليس فيها تملك قهري الشفعة وبما بعده الحوالة وانظر بيع العبد نفسه والبيع الضمني يخرجان بأيّ قيد والظاهر خروجهما بالأخير.

(٤) أي بالنسبة للبائع لا للمشتري مدابغي وقوله لا للمشتري هذا إن قلنا إن الملك في زمن الخيار للمشتري وحده أما إن قلنا إن الملك في زمن الخيار موقوف أو قلنا إنه للبائع وحده فإن الخيار لهما والصحيح أنه أي العتق موقوف على الأقوال الثلاثة لا يعتق العبد حتى يلزم البيع من جهة البائع قال أ ج قوله: وإن استعقب عتقاً أي فلا يحكم بعتقه حتى ينقطع خيارهما أو خيار البائع فقط أي فيتبين عتقه من حين الشراء. وقوله خيارهما فيكون الخيار للمشتري بين الفسخ والإجازة قبل خيار البائع ومتى أجاز البائع عتق على المشتري والغاية للرد.

(٥) أي من إفراز وتعديل فصورة الإفراز أن يكون بينهما أرض متساوية الأجزاء شركة فقسماها فلا خيار فيها. وصورة التعديل أن يكون بينهما أرض شركة والأرض فيها تفاوت فيأخذ أحدهما ثلثاً =

وَلَهُمَا أَنْ يَشْتَرِطا الْخِيَارَ

بلا ثواب ونحو ذلك مما لا يسمى بيعاً، لأن الخبر إنما ورد في البيع، أما الهبة بثواب فإنها بيع فيثبت فيها الخيار على المعتمد خلافاً لما جرى عليه في المنهاج، ويعتبر في التفرق العرف: فما يعده الناس تفرقاً يلزم به العقد، وما لا فلا، لأن ما ليس له حد شرعاً ولا لغة يرجع فيه إلى العرف، فلو قاما وتماشيا منازل دام خيارهما، كما لو طال مكثهما وإن زادت المدة على ثلاثة أيام، أو عرضاً فيما يتعلق بالعقد، وكان ابن عمر[١] راوي الخبر إذا ابتاع شيئاً فارق صاحبه، فلو كانا في دار كبيرة فالتفرق فيها بالخروج من البيت إلى الصحن أو من الصحن إلى الصفة أو البيت، وإن كانا في سوق أو صحراء فبأن يولي أحدهما الآخر ظهره ويمشي قليلاً ولو لم يبعد عن سماع خطابه، وإن كانا في سفينة أو دار صغير فبخروج أحدهما منها، ولو تناديا بالبيع من بعد ثبت لهما الخيار وامتد ما لم يفارق أحدهما مكانه، فإن فارقه ووصل إلى موضع لو كان الآخر معه بمجلس العقد عد تفرقاً ـ بطل خيارهما. ولو مات أحدهما في المجلس أو جن أو أغمي عليه انتقل الخيار في الأولى إلى الوارث ولو عاماً، وفي الثانية والثالثة إلى الولي: من حاكم أو غيره، ولو أجاز الوارث أو فسخ قبل علمه بموت مورثه ـ نفذ ذلك، بناء على أن من باع مال مورثه ظاناً حياته فبان ميتاً صح. ولو اشترى الولي لطفله شيئاً فبلغ رشيداً قبل التفرق لم ينتقل إليه الخيار كما في البحر، ويبقى للولي على الأوجه من وجهين حكاهما في البحر وأجراهما في خيار الشرط.

ثم شرع في السبب الثاني من النوع الأول بقوله: (ولهما) أي المتعاقدين (أن يشترطا الخيار) لهما أو لأحدهما، سواء أشرطا إيقاع أثره[٢] منهما أو من أحدهما أم

= والآخر ثلثين بالتعديل فلا خيار أيضاً. وأما قسمة الرد كأن يكون بأحد الجانبين بئر أو بستان فيجعل للآخر في مقابلته دراهم ففيها الخيار لأنها معاوضة محضة فتأمل. والحاصل أن المقسوم إن تساوت الأنصباء منه صورة وقيمة فهو إفراز وإلا فإن لم يحتج إلى رد شيء آخر ولم تتساو الأنصباء فالتعديل وإلا فالرد بأن صالح من الشيء المدعى به على بعضه وهو إبراء إن كان في دين وهبة إن كان في عين فهو عطف العام على الخاص أو أراد بالإبراء السابق ما ليس بصلح. وأما صلح المعاوضة كأن يصالحه من دار بعبد فيثبت فيه خيار المجلس لأنه بيع.

(١) فيه ردّ على من زعم نسخه لعمل أهل المدينة بخلافه لأن جلّ عملهم لا يثبت به نسخ كما مر في الأصول خصوصاً وابن عمر من أجلهم كان يعمل به.

(٢) وهو الإجازة أو الفسخ وظاهر عبارة الشارح أن من شرط إيقاع الأثر منه غير من شرط له الخيار =

إِلَى ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ

من أجنبي كالعبد المبيع، وسواء أشرطا ذلك من واحد أم من اثنين مثلاً؛ وليس لشارطه[١] للأجنبي خيار، إلا أن يموت الأجنبي في زمن الخيار، وليس لوكيل أحدهما شرط للآخر ولا للأجنبي بغير إذن موكله، وله شرطه لموكله ولنفسه، وإنما يجوز شرطه مدة معلومة متصلة بالشرط، متوالية (إلى ثلاثة أيام) فأقل، بخلاف ما لو أطلق[٢]، أو قدر بمدة مجهولة، أو زادت على الثلاثة، وذلك لخبر الصحيحين عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: ذكر رجل لرسول الله ﷺ أنه يخدع في البيوع فقال له: «إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لاَ خِلاَبَةَ، ثُمَّ أَنْتَ بِالْخِيَارِ فِي كُلِّ سِلْعَةٍ[٣] ابْتَعْتَهَا ثَلاَثَ لَيَالٍ»[٤] وفي

= وهي عبارة شيخ الإسلام وتبعه الشارح، قال مشايخنا وهي طريقة ضعيفة لم يسبقه أحد إليها والمعتمد أن من شرط إيقاع الأثر منه هو المشروط له الخيار في المعنى سواء أشرطا إيقاع أثره منهما أو من أحدهما فلا تعدد لأنه يلزم من اشتراط الخيار اشتراط إيقاع الأثر إذ هو ثمرته.

(١) أي وقوع الأثر فالضمير راجع للأثر لأنه الذي يجوز شرطه للأجنبي على هذه الطريقة وقوله خيار أي إيقاع أثر خيار وإلا فالخيار له اتفاقاً وإنما المنقول عنه أثره وفي فتاوى ابن حجر: وسئل عمن شرط الخيار لأجنبي، هل يقال إنه من قبيل التمليك كتفويض الطلاق للزوجة حتى يشترط قبوله على الفور أو من قبيل التوكيل فيأتي في قبول الخلاف؟. فأجاب بقوله مقتضى تصريح البغوي بأنه لا ينعزل بالعزل ووالد الروياني بأنه لا يجوز شرطه لأجنبي كافر والمبيع عبد مسلم أو محرم والمبيع صيد. وأن الشارط لو مات لم يبطل خيار الأجنبي ترجيح الأول واعتمده بعضهم إذ لو كان توكيلاً لانعزل بالعزل ولجاز شرطه له وإن كان كافراً أو محرماً في مسلم وصيد لأن الكافر يجوز توكيله في شراء المسلم اهـ بحروفه قال المرحومي ويثبت خيار الشرط في كل ما يثبت فيه خيار المجلس إلا في ربويّ وسلم وفيما يتعلق فيه المبيع على المشتري وما يخاف فساده مدة الخيار والمصراة إن شرط فيها الخيار للبائع أو لهما اهـ لأن المشتري لا يحلها لعدم ملكه لها والبائع يترك جلبها لأجل التصرية وتركه يضرها.

(٢) مفهوم قوله مدة وهذا شروع في محترزات القيود الخمسة ومتى انتفى قيد منها بطل العقد.

(٣) قال في المصباح السلعة البضاعة والجمع سلع كسدرة وسدر والسلعة الشجة والجمع سلعات كسجدة وسجدات، ولبعضهم:

وسلعة المتاع سلعة الجسد ... كل بكسر السين هكذا ورد
أما التي بالفتح فهي الشجه ... كذاك في المصباح فاحفظ نهجه

والسلعة بفتح السين اسم لما يباع وبالكسر اسم للخرّاج كالغدّة ونحوها كما قاله ابن حجر في شرح البخاري وهي من الحمصة إلى البطيخة.

(٤) أخرجه أحمد في المسند ٢/ ١٨٣ وأبو داود ٣/ ٧٣٦ (٣٤٥٦) والترمذي ٣/ ٥٥٠ (١٢٤٧) وقال: =

. . . .

رواية: «فَجَعَلَ لَهُ عُهْدَةَ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ» وخلابة ـ بكسر المعجمة وبالموحدة ـ الغبن والخديعة. فقال في الروضة كأصلها اشتهر في الشرع أن قوله: «لاَ خِلاَبَةَ» عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثة أيام، وتحسب المدة المشروطة من حين شرط الخيار، سواء أشرط في العقد أم في مجلسه. ولو شرط في العقد الخيار من الغد بطل العقد، وإلا لأدى إلى جوازه بعد لزومه، ولو شرط لأحد العاقدين يوم وللآخر يومان أو ثلاثة جاز، والملك في المبيع في مدة الخيار لمن انفرد به من بائع أو مشتر، فإن كان الخيار لهما فموقوف، فإن تم البيع بان أن الملك للمشتري من حين العقد، وإلا فللبائع، وكأنه لم يخرج عن ملكه، ولا فرق فيه بين خيار الشرط أو المجلس، وكونه لأحدهما في خيار المجلس بأن يختار الآخر لزوم العقد. وحيث حكم بملك المبيع لأحدهما ـ حكم بملك الثمن للآخر، وحيث وقف ـ ملك الثمن، ويحصل فسخ العقد في مدة الخيار بنحو فسخت البيع كرفعته، والإجازة فيها بنحو أجزت البيع كأمضيته. والتصرف فيها: كوطء وإعتاق وبيع وإجارة وتزويج من بائع، والخيار له أو لهما ـ فسخ للبيع، لإشعاره بعدم البقاء عليه. وصح ذلك منه أيضاً، لكن لا يجوز له وطؤه إلا إذا كان الخيار له. والتصرف المذكور من المشتري والخيار له أو لهما ـ إجازة للشراء لإشعاره بالبقاء عليه، والإعتاق نافذ منه إن كان الخيار له، أو أذن له البائع. وغير نافذ إن كان للبائع، وموقوف إن كان لهما ولم يأذن له البائع ووطؤه حلال: إن كان الخيار له، وإلا فحرام، والبقية[1]: صحيحة إن كان الخيار له أو أذن له البائع. وإلا فلا. وإنما يكون

= حسن والنسائي ٧/ ٢٥١.

(١) أي ما [illegible] الوطء والإعتاق من التصرّفات المتقدّمة وهي ثلاثة. فإن قلت: ما الفرق بين تصرّف البائع [illegible] كان الخيار لهما حيث لم يتوقف صحة ذلك منه على إذن المشتري دون العكس. أجيب: [illegible]ن تصرف البائع أقوى لأن أصل الملك له.

فرع: لو نلف المبيع بآفة في زمن الخيار قبل القبض انفسخ ويردّ الثمن إلى المشتري وكذا لو أتلفه البائع أيضاً وأما إذا تعيب بنفسه أو عيبه البائع أو أجنبي أو أتلفه أجنبي أيضاً فيثبت الخيار للمشتري فإن فسخ استردّ الثمن وإن أجاز استقرّ عليه الثمن ويرجع بالأرش في تعييب الأجنبي أو بالقيمة في إتلاف الأجنبي ولا أرش له في تعييب البائع أو تعيب المبيع بنفسه لرضاه لأنه كان متمكناً من الفسخ وأما إذا كان ذلك بعد القبض فإن كان الخيار للبائع وتلف المبيع بآفة أو أتلفه =

وَإِذَا وُجِدَ بِالْمَبِيعِ عَيْبٌ فَلِلْمُشْتَرِي رَدُّهُ

الوطء فسخاً أو إجازة ـ إذا كان الموطوء أنثى، لا ذكراً ولا خنثى، فإن بُانت أنوثته ولو بإخباره تعلق الحكم بذلك الوطء. وليس عرض المبيع على البيع في مدة الخيار، والتوكيل فيه ـ فسخاً من البائع، ولا إجازة من المشتري، لعدم إشعارهما من البائع بعدم البقاء عليه ومن المشتري بالبقاء عليه.

ثم شرع في النوع الثاني ـ وهو المتعلق بفوات مقصود مظنون نشأ الظن فيه من قضاء عرفي أو التزام شرطي أو تغرير فعلي، مبتدئاً بالأمر الأول: وهو ما يظن حصوله بالعرف، وهو السلامة من العيب فقال: (وإذا وجد بالمبيع[1] عيب فللمشتري) حينئذ (رده) إذا كان العيب باقياً، وتنقص العين به نقصاً يفوت به غرض صحيح، أو ينقص قيمتها، وغلب في جنس المبيع عدمه. إذ الغالب في الأعيان السلامة. وخرج بالقيد الأول ما لو زال العيب قبل الرد، وبالثاني قطع أصبع زائدة، وفلقة يسيرة من فخذ أو ساق لا يورث شيئاً ولا يفوت غرضاً فلا رد بهما، وبالثالث ما لا يغلب فيه ما ذكر: كقطع سن في الكبير وثيوبة[2] في أوانها في الأمة: فلا رد به وإن نقصت القيمة

= البائع انفسخ. وأما إن عيبه أجنبي أو أتلفه أجنبي فيثبت الخيار كما تقدم سواء بسواء وإذا عيبه البائع أو تعيب بنفسه فإن فسخ المشتري فظاهر وإن أجاز فلا أرش له كما تقدم وأما إذا كان الخيار للمشتري أو لهما وتلف المبيع بآفة أو أتلفه أجنبي فالخيار باق فإن انفسخ استردّ الثمن ويغرم القيمة للبائع في صورة التلف ويغرمها الأجنبي في صورة إتلافه للبائع وإن أجاز المشتري استقرّ عليه الثمن ولا شيء له في صورة التلف لأنه من ضمانه بعد القبض ويأخذ القيمة له من الأجنبي في صورة إتلاف الأجنبي اهـ ملخصاً من متن المنهج مع زيادة.

(١) المراد بوجوده به اتصافه به ولو فيما مضى وإن لم يوجد عند المشتري كالزنا فإن بعض العيوب لا يشترط وجودها عند المشتري بل يكفي العلم بوجودها عند البائع كالزنا والسرقة والإباق بخلاف البخر والصنان والبول فإنه لا بد من وجودها عند المشتري زيادة على وجودها عند البائع فلفظ وجد في المتن من الوجدان وهو العلم لا من الوجود اهـ ومثل المبيع الثمن المعين.

(٢) بأن غلب وجودها أو استوى هو وعدمها ويظهر ضبط الأول ببنت سبع والثاني بما قاربها بخلاف ما لم يقاربها فتكون الثيوبة فيه عيباً اهـ ابن حجر شوبري وقوله بنت سبع يغلب ثيوبتها فيه نظر والأولى إبدالها ببنت تسع والثيوبة مثال لنقص القيمة بناء على أن البكارة وهي الجلدة لا تزول وإنما يتسع المحل وقيل مثال لنقص القيمة والعين بناء على أنها تزول.

. . . .

به. وذلك العيب الذي يثبت به الرد: كخصاء حيوان؛ لنقصه المفوت للغرض من الفحل فإنه يصلح لما لا يصلح له الخصي رقيقاً كان الحيوان أو بهيمة. نعم الغالب في الثيران الخصاء فيكون كثيوبة الأمة، وجماحه وعضه ورمحه؛ لنقص القيمة بذلك، وزنا رقيق وسرقته وإباقه. وإن لم يتكرر ذلك منه أو تاب عنه: ذكراً كان أو أنثى، صغيراً كان أو كبيراً، خلافاً للهروي في الصغير. وبخره[1] وهو الناشىء من تغير المعدة. أما تغير الفم لقلح الأسنان فلا؛ لزواله بالتنظيف، وصنانه إن كان مستحكماً، أما الصنان لعارض عرض أو اجتماع وسخ أو نحو ذلك كحركة عنيفة فلا. وبوله بالفراش إن خالف العادة سواء أحدث العيب قبل قبض المبيع: بأن قارن العقد أم حدث بعده وقبل القبض؛ لأن المبيع حينئذ من ضمان البائع فكذا جزاؤه وصفته، أو حدث بعد القبض[2] واستند لسبب متقدم على القبض كقطع يد الرقيق المبيع بجناية سابقة على القبض جهلها المشتري، لأنه لتقدم سببه كالمتقدم. فإن كان المشتري عالماً به فلا خيار له ولا أرش، ويضمن البائع المبيع بجميع الثمن ـ بقتله بردة مثلاً سابقة على قبضه جهلها للمشتري، لأنه لتقدم سببه كالمتقدم. فإن كان المشتري عالماً به فلا خيار له فإن كان المشتري عالماً به فلا شيء له. بخلاف ما لو مات بمرض سابق على قبضه جهله المشتري، فلا يضمنه البائع، لأن المرض يزداد شيئاً فشيئاً إلى الموت فلم يحصل بالسابق، وللمشتري أرش المرض، وهو ما بين[3] قيمة المبيع صحيحاً ومريضاً

---

(١) البخر بفتحتين نتن الفم وغيره كالأنف يقال بخر كفرح فهو أبخر اهـ قاموس.

(٢) ولم يبينوا حكم المقارن للقبض مع أن مفهوم قبل وبعد فيه متناف والذي يظهر أن له حكم ما قبل القبض لأن يد البائع عليه حساً فلا يرتفع ضمانه إلا بتحقق ارتفاعها وهو لا يحصل إلا بتمام قبض المشتري له سليماً.

(٣) أي قدر نسبة ما بين قيمة المبيع صحيحاً ومريضاً إلى الثمن لا أنه يستقر عليه نفس ما بين القيمتين لأنه قد يكون قدر الثمن أو أكثر مثلاً إذا كانت قيمة المبيع صحيحاً تسعين ومريضاً ثلاثين وكان الثمن ستين فالتفاوت بين القيمتين ستون فلو كان المشتري يأخذ ما بين القيمتين وهو ستون لجمع إذ ذاك بين العوض والمعوّض وهو المبيع فينبغي أن يأخذ من الثمن قدر نسبة التفاوت بين القيمتين وهو ثلثا القيمة فيأخذ ثلثي الثمن وهو أربعون يعتبر ما بين أقل قيمته صحيحاً ومعيباً من وقت العقد إلى وقت الرد كما قاله ق ل فقوله إلى وقت الرد فيه نظر لأن الفرض أنه مات عند المشتري ولم يرده للبائع تأمل.

عَلَى الْفَوْرِ.

من الثمن، فإن كان المشتري عالماً به فلا شيء له. ويتفرع على مسألتي الردة والمرض مؤونة التجهيز، فهي على البائع في تلك، وعلى المشتري في هذه.

وأما الأمر الثاني - وهو ما يظن حصوله بشرط - فهو كما لو باع حيواناً أو غيره بشرط براءته من العيوب في المبيع؛ فيبرأ عن عيب باطن بحيوان موجود فيه حال العقد جهله، بخلاف غير العيب المذكور، فلا يبرأ عن عيب في غير الحيوان ولا فيه لكن حدث بعد البيع وقبل القبض مطلقاً، لانصراف الشرط إلى ما كان موجوداً عند العقد، ولا من عيب ظاهر في الحيوان. علمه البائع أم لا، ولا عن عيب باطن في الحيوان علمه. ولو شرط البراءة عما يحدث منها قبل القبض ولو مع الوجود منها لم يصح الشرط[١]، لأنه إسقاط للشيء قبل ثبوته. ولو تلف المبيع غير الربوي المبيع بجنسه عند المشتري، ثم علم عيباً بل رجع بالأرش، لتعذر الرد بفوات المبيع[٢]، أما الربوي المذكور: كحلي ذهب بيع بوزنه ذهباً فبان معيباً بعد تلفه فلا أرش فيه، ولا لنقص الثمن فيصير الباقي منه مقابلاً بأكثر منه، وذلك ربا.

والرد بالعيب (على الفور) فتبطل بالتأخير بلا عذر ويعتبر الفور عادة، فلا يضر نحو صلاة وأكل دخل وقتهما: كقضاء حاجة، وتكميل لذلك أو لليل، وقيد ابن الرفعة كون الليل عذراً: بكلفة المسير فيه، فيرده المشتري، ولو بوكيله على البائع أو موكله أو وكيله أو وارثه[٣]، أو يرفع الأمر للحاكم ليفصله، وهو آكد في الرد في حاضر بالبلد ممن

---

(١) وأما البيع فصحيح، وما أحسن قول بعضهم:

شرطت عليهم قبل تسليم مهجتي ... وقبل انقضاء البيع شرطاً يواصل

فلما طلبت الوصل بالشرط أعرضوا ... وقالوا يصح البيع والشرط باطل

لم يصح الشرط أي شرط البراءة من الحادث. أما الموجود فلا يبعد صحة الشرط بالنسبة له يؤيده قوله لأنه إسقاط الخ.

(٢) يسمى المأخوذ أرشاً لتعلقه بالأرش وهو الخصومة.

(٣) أي أو وليه بأن سفه وبذر البائع وهذه تأتي في الراد ما عدا الحاكم وما ذكره في البائع يجري في المشتري فينتظم من ذلك ثلاثون صورة من ضرب خمسة في ستة. والظاهر أن الرد يكون من الحاكم أيضاً فتكون الصور ستاً وثلاثين وإن نظر للسيد في كل من البائع والمشتري كانت الصور =

. . . .

يرد عليه لأنه ربما أحوجه إلى الرفع، وواجب[١] في غائب عن البلد، وعلى المشتري عن الإشهاد بالفسخ لم يلزمه بلفظ بالفسخ، وعليه ترك استعمال، لا ترك ركوب ما عسر سوقه وقوده فلم استخدم رقيقاً أو ترك على دابة سرجاً أو إكافاً فلا رد ولا أرش، لإشعار ذلك بالرضا بالعيب. ولو حدث عند المشتري عيب[٢] سقط الرد القهري لإضراره بالبائع، ثم إن رضي بالعيب البائع رده المشتري عليه بلا أرش للحادث، أو قنع به بلا أرش للقديم وإن لم يرض به البائع. فإن اتفقا في غير الربوي على فسخ أو إجازة مع أرش للحادث[٣] أو القديم فذاك ظاهر، ولا أجيب طالب الإمساك سواء أكان المشتري أم البائع، لما فيه من تقرير العقد، أما الربوي فيتعين فيه الفسخ مع أرش الحادث. وعلى المشتري إعلام البائع فوراً بالحادث مع القديم ليختار[٤] ما تقدم، فإن أخر

= تسعة وأربعين من ضرب سبعة في مثلها. وحاصل الصور في هذه المسألة ست وخمسون وذلك لأن الراد إما المشتري أو وكيله أو موكله أو وليه أو موليه إذا بلغ رشيداً أو سيده أو وارثه. والمردود عليه إما البائع أو وكيله أو موكله أو وليه أو موليه أو سيده أو وارثه أو الحاكم فهي ثمانية من جانب المردود عليه فتضرب فيها سبعة الراد تبلغ ما ذكر شيخنا العشماوي.

(١) معنى كونه واجباً أنه إذا تراخى عن الرفع للحاكم سقط حقه من الرد لا أنه يأثم بتركه كما قرّره شيخنا العشماوي وقد صوّر في شرح المنهج الرفع وفصل الأمر بقوله بأن يدعي رافع الأمر شراء ذلك الشيء من فلان الغائب بثمن معلوم قبضه ثم ظهر العيب وأنه فسخ البيع ويقيم البينة بذلك ويحلفه أن الأمر جرى كذلك. ويحكم بالرد على الغائب ويبقى الثمن ديناً عليه ويأخذ المبيع ويضعه عند عدل ويقضي الدين من مال الغائب فإن لم يجد له سوى المبيع باعه فيه.

(٢) أي لم يتقدّم سببه.

[قاعدة]: كل عيب يوجب الرد على البائع يمنع الرد إذا حدث عند المشتري ثم علم به عيباً قديماً فلا رد وإن زادت قيمته.

(٣) أي للبائع ويمتنع إمساكه مع أرش القديم لأنه يؤدي إلى الربا بخلاف رده مع أرش الحادث إذ لا مفاضلة بين العوضين في البيع لتماثلهما فيه وإنما العيب الحادث مضمون عليه كعيب المأخوذ على جهة السوم فعليه غرمه.

(٤) أي من الفسخ وأخذ الأرش للحادث أو الإجازة ودفع أرش القديم.

إعلامه بلا عذر فلا رد[١] له ولا أرش عنه، لإشعار التأخير بالرضا به. لو حدث عيب لا يعرف القديم بدونه ككسر بيض نعام وجوز وتقوير بطيخ مدود بعضه ـ رد بالعيب القديم ولا أرش عليه للحادث، لأنه معذور فيه.

وأما الأمر الثالث ـ وهو ما يظن حصوله بالتغرير الفعلي ـ فهو التصرية[٢]، وهي: أن يترك البائع حلب الناقة أو غيرها عمداً قبل بيعها، ليتوهم المشتري كثرة اللبن، فيثبت للمشتري الخيار. فإن كانت مأكولة رد معها صاع تمر بدل اللبن المحلوب وإن قل اللبن، ولو تعددت المصراة تعدد الصاع بعددها كما نص عليه في الأم. هذا إذا لم يتفقا على رد غير الصاع من اللبن وغيره. سواء أتلف اللبن أم لا، بخلاف ما إذا لم تحلب أو اتفقا على الرد. والعبرة في التمر بالمتوسط من تمر البلد، فإن فقد فقيمته بالمدينة الشريفة، وقيل: بأقرب بلد التمر إليه. ويثبت الخيار للجاهل بالتصرية على الفور، ولا يختص خيارها بالنعم، بل يعم كل مأكول من الحيوان والجارية والأتان، ولا يرد معهما شيء بدل اللبن، لأن لبن الجارية لا يعتاض عنه غالباً، ولبن الأتان نجس لا عوض له.

فروع[٣] ـ لا يرد قهراً بعيب بعض ما بيع صفقة، لما فيه من تفريق الصفقة، ولو اختلفا في قدم عيب يمكن حدوثه ـ صدق البائع بيمينه لموافقته الأصل من استمرار

---

(١) انظر ما المراد بقوله فلا رد لأنه إن كان المراد به فلا رد قهراً فلا يصح لأنه لا رد قهراً وإن بادر وإن كان المراد لا رد وإن تراضيا عليه فكذلك أيضاً لأنهما لو تراضيا على الرد من غير سبب جاز فهذا أولى. ويجاب بأن النفي لمجموع الرد والأرش فلا ينافي أنهما لو تراضيا على الرد فلا أرش له.

(٢) فيه مسامحة إذ ما يظن حصوله بالتغرير الفعلي هو كثرة اللبن لا التصرية إذ التصرية هي التغرير الفعلي وحينئذ فقوله فهو التصرية أي فهو مسبب التصرية.

(٣) أي ثلاثة: الأول غرضه به تقييد ما تقدم من رد المعيب بالعيب فكأنه قال فله رده أي كله لا بعضه، والفرع الثاني تقييده أيضاً أي فله رده أي إن ثبت العيب بالبينة أو باتفاقهما فإن اختلفا الخ صدق البائع ولا رد، والفرع الثالث قصده به التعميم أي فله رده ولو مع زيادته المتصلة.

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الثَّمْرَةِ مُطْلَقاً إِلَّا بَعْدَ بُدُوِّ صَلَاحِهَا.

العقد، ويحلف كجوابه[١]. والزيادة في المبيع أو الثمن لمتصله: كسمن[٢] تتبعه في الراد لا يمكن إفرادها كحمل[٣] قارن بيعاً فإنه يتبع أمه في الردة. والزيادة المنفصلة، كالولد والأجرة ـ لا تمنع الرد بالعيب[٤]، وهي لمن حصلت في ملكه من مشتر أو بائع، وإن رد قبل القبض، لأنها فرع ملكه، وحبس ما ألقاه وماء الرحى الذي يديرها للطحن المرسل[٥] ماء كل منهما عندالبيع، وبتحمير الوجه، وتسويد الشعر وتجعيده ـ يثبت للخيار لا لطخ ثوب الرقيق بمداد تخيلاً لكتابته فطهر كونه غير كاتب ـ فلا رد له إذ ليس فيه كثير غرر.

(ولا يجوز بيع الثمرة مطلقاً)[٦] أي بغير شرط قطع ولا تبقية (إلا بعد بدوّ صلاحها) فيجوز[٧] بشرط قطعها، وبشرط إبقائها، سواء أكانت الأصول لأحدهما أم

(١) أي يكون حلفه مطابقاً لجوابه فإن قال في جوابه ليس له الردّ عليّ بالعيب الذي ذكره أو لا يلزمني قبوله أو ما أقبضته وبه هذا العيب أو ما أقبضته إلا سليماً من العيب حلف على ذلك ليطابق الحلف الجواب شرح المنهج. وإنما جاز له الحلف على البت اعتماداً على ظاهر السلامة إن لم يعلم أو يظن خلافه.

(٢) أي وتعلم صنعة أي ولو بمعلم كما لو اقتضاه إطلاقهم هنا سلطان.

(٣) هو تنظير لا مثال بدليل عود الكاف وعدم عطفه على ما مثل به وأيضاً الفرض أنه قارن فلم يكن زيادة قال في شرح البهجة بعد تقرير ما ذكر ويمكن جعله مثالاً بحذف المضاف والعاطف أي وكزيادة الحمل بمعنى نموّه وكبره شوبري. قال والد شيخنا الراجح أن الصوف واللبن كالحمل ومثلهما البيض.

(٤) أي القديم أي الذي حدث قبل العقد أو بين العقد والقبض أو عند القبض فأل للعهد.

(٥) جعله نعتاً سببياً للقناة والرحى له ولو جعله نعتاً للماءين لكان نعتاً حقيقياً.

(٦) اقتضى كلامه جواز بيع الثمرة قبل بدوّ الصلاح بشرط الإبقاء وليس كذلك ولو فسر الإطلاق بجواز الأحوال الثلاثة أعني السكوت وشرط القطع وشرط الإبقاء لكان مستقيماً. قول المصنف مطلقاً أي عن شرط القطع كما قال سم لسلم مما ذكر تأمل. وقوله مطلقاً صفة لمصدر محذوف أي بيعاً مطلقاً.

(٧) في نسخ ويجوز بالواو بشرط الخ وهي الصواب إذ التفريع يوهم عدم الجواز في حالة الإطلاق ونسخة الواو ظاهرة لأنه عطف على ما فهم من جواز بيعها بعد بدوّ الصلاح من غير شرط القطع. وأما الفاء فإنها توهم أنه بيان لمعنى المتن وليس كذلك. والحاصل أن الذي في المتن بيعها بعد بدوّ الصلاح من غير شرط قطع. وأما مفهومه فإنه يجوز قبل بدوّ الصلاح بشرط القطع.

. . . .

لغيره، لأَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «نَهَى عَنْ بَيْعِ التَّمْرَةِ قَبْلَ بُدُوِّ صَلاَحِهَا» فيجوز بعد بدوّه، وهو صادق بكل من الأحوال الثلاثة، والمعنى الفارق بينهما أمن العاهة بعده غالباً، لغلظها وكبر نواها، وقبل الصلاح: إن بيعت مفردة عن الشجر لا يجوز البيع، ولا يصح، للخبر المذكور إلا بشرط القطع في الحال، وإن كان الشجر للمشتري، وأن الشجر لا ليكون المقطوع منتفعاً به. وإذا كان الشجر للمشتري لم يجب الوفاء بالشرط؛ إذ لا معنى لتكليفه قطع ثمرة عن شجرة، وإن بيعت الثمرة مع الشجرة ـ جاز بلا شرط لأن الثمرة هنا تتبع الأصل وهو غير متعرض للعاهة، ولا يجوز بشرط قطعها، لأن فيه حجراً على المشتري في ملكه. ولا يصح بيع البطيخ والباذنجان ونحوهما قبل بدوّ الصلاح إلا بشرط القطع، وإن بيع من مالك الأصول، لما مر. ولو باعه مع أصوله فكبيع الثمرة مع الشجرة على المعتمد، ويشترط لبيع الزرع والثمر بعد بدو الصلاح ظهور المقصود من الحب والثمرة؛ لئلا يكون بيع غائب: كتين وعنب؛ لأنهما مما لا كمام له، وشعير؛ لظهوره في سنبله، وما لا يرى حبه: كالحنطة والعدس في السنبل لا يصح بيعه دون سنبله[1]، لاستتاره به، ولا معه، لأن المقصود منه مستتر بما ليس من صلاحه: كالحنطة في تبنها بعد الدراس[2]، وبدوّ صلاح ما مر من ثمر وغيره ـ بلوغه صفة يطلب فيها غالباً. وعلامته في الثمر المأكول المتلون أخذه في حمرة أو نحوها كسواد، وفي غير المتلون منه: كالعنب الأبيض لينه وجريان الماء فيه، وفي نحو القثاء أن تجنى غالباً للأكل، وفي الزرع اشتداده، وفي الورد انفتاحه، وبدوّ صلاح بعضه وإن قل كظهوره. وعلى بائع[3] ما بدا صلاحه من الثمر وغيره سقيه قبل التخلية وبعدها عند

---

(١) مثل البرّ في سنبله، جزر في أرضه وفول في قشره الأعلى ويصح بيع كتان بدا صلاحه لأن ما يغزل منه ظاهر والساس في باطنه كنوى التمر ومحله إذا بيع قبل انعقاد بزره أو بعده أو بعد نفضه أو باعه دونه وإلا بطل البيع للجهل بالمقصود من البزر والكتان، وقوله قبل انعقاد بزره فيه أنه لا كتان فيه حينئذ ينتفع به فلا يظهر كلام الزيادي إلا أن أجرة الأرض مدة يكمل فيها ويكون البزر للمشتري إذا اشتراه بشرط القطع.

(٢) وفي نسخة الدياس مصدر داس الرجل الحنطة يدوسها بمعنى درسها وأنكر بعضهم كون الدياس من كلام العرب وبعضهم قال هو مجاز وكأنه مأخوذ من داس الأرض إذا شدد وطأه عليها بقدمه.

(٣) أي ولو كان البائع غير مالك الأصول على المعتمد فلو شرط كونه على المشتري بطل البيع =

وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ مَا فِيهِ الرِّبَا بِجِنْسِهِ رَطْباً، إلاَّ اللَّبَن.

استحقاق المشتري الإبقاء بقدر ما ينمو ويسلم من التلف والفساد. ويتصرف فيه مشتريه ويدخل في ضمانه. بعد التخلية، فلو تلف بترك البائع السقي قبل التخلية أو بعدها ـ انفسخ البيع، أو تعيب به تخير المشتري بين الفسخ والإجازة. ولا يصح بيع ما يغلب تلاحقه، واختلاط حادثة بموجودة: كتين وقثاء إلا بشرط قطعه عند خوف الاختلاط، فإن وقع اختلاط، فيه أو فيما لا يغلب اختلاطه قبل التخلية ـ خير المشتري إن لم يسمح له به البائع: فإن بادر البائع وسمح سقط خياره، أما إذا وقع الاختلاط بعد التخلية فلا يخير المشتري بل: إن توافقا على قدر فذاك، وإلا صدق صاحب اليد بيمينه في قدر حق الآخر. واليد بعد التخلية للمشتري.

(لا يجوز بيع ما فيه الربا)[١] من المطعوم (بجنسه رطباً) ـ بفتح الراء ـ ولو في الجانبين: كالرطب بالرطب، والحصرم[٢] بالحصرم، واللحم باللحم. أو في أحدهما كالرطب بالتمر واللحم بقديده (إلا اللبن) وما شابهه من المائعات كالأدهان والخلول.

واعلم أن كل خلين لا ماء فيهما واتحد جنسهما ـ اشترط التماثل، وإلا فلا. وكل خلين فيهما ماء ـ لا يباع أحدهما بالآخر: إن كانا من جنس، وإن كانا من جنسين

= لمخالفته مقتضاه لأن السقي من تتمة التسليم كالكيل في المكيل أي لأن البائع يلزمه أجرة كيال المبيع لأنه من تتمة التسليم الواجب عليه قال الزيادي إيضاحه أن البائع كأنه التزم البقاء الذي استحقه المشتري بالعقد وهو لا يتم إلا بالسقي والمراد بقوله وعلى بائع ما بدا صلاحه أي حيث باعه لغير مالك الأصل من شجر وأرض فإن باعه له لم يلزمه سقي كما هو ظاهر لانقطاع العلقة بينهما كمافي شرح م ر. وكذلك لا يلزمه السقي إذا باعه مع الأصل بالأولى قال ع ش بقي ما لو باع الثمرة لزيد ثم باع الشجرة لعمرو هل يلزم البائع السقي أو لا. فيه نظر والأقرب اللزوم ويوجه بأنه التزم له السقي فبيع الشجرة لغيره لايسقط عنه ما التزمه وحاصله أنه يجب السقي على البائع بشروط ثلاثة أن يكون قد بدا صلاحه وأن يستحق المشتري الإبقاء وأن لا يتعذر السقي.

(١) كان المناسب ذكرها في باب الربا عند قوله وكذا المطعومات الخ لأنه إشارة إلى شرط في المماثلة التي هي شرط في بيع المطعوم بمثله فكأنه قال ويعتبر في المماثلة أن تكون حال الجفاف إلا ما استثناه المتن والشرح.

(٢) هو حب العنب قبل بدوّ صلاحهفهو خاص بالعنب. وأما حب الرطب قبل بدوّ صلاحه فيسمى بسراً كذا قيل. لكن قال في القاموس الحصرم كزبرج الثمر قبل النضج.

. . . .

وقلنا الماء العذب ربوي وهو الأصح لم يجز وإن كان الماء في أحدهما وهما جنسان: كخل العنب بخل التمر، وخل الرطب بخل الزبيب ـ جاز، لأن الماء في أحد الطرفين، والمماثلة بين الخلين المذكورين غير معتبرة. والخلول تتخذ غالباً من العنب[١] والرطب والزبيب والتمر. وينتظم من هذه الخلول عشر مسائل، وضابط ذلك: أن تأخذ كل واحد مع نفسه، ثم تأخذه مع ما بعده ولا تأخذه مع ما قبله؛ لأنك قد عددته قبل هذا، فلا تعده مرة أخرى: الأولى ـ بيع خل العنب بمثله، الثانية ـ بيع خل الرطب بمثله، الثالثة ـ بيع خل الزبيب بمثله، الرابعة ـ بيع خل التمر بمثله، الخامسة ـ بيع خل العنب بخل الرطب، السادسة ـ بيع خل العنب بخل الزبيب، السابعة ـ بيع خل العنب بخل التمر، الثامنة ـ بيع خل الرطب بخل الزبيب، التاسعة ـ بيع خل الرطب بخل التمر، العاشرة ـ بيع خل الزبيب بخل التمر. ففي خمسة منها يجزم بالجواز، وفي خمسة بالمنع، فالخمسة الأولى خل عنب، بخل عنب، خل رطب بخل رطب، خل رطب بخل عنب، خل تمر بخل عنب. خل زبيب بخل رطب. والخمسة الثانية: ـ خل عنب بخل زبيب. خل رطب بخل تمر، خل زبيب بخل زبيب، خل تمر بخل تمر، خل زبيب بخل تمر، ويستثنى الزيتون أيضاً فإنه يباع بعضه ببعض، إذْ لا يجفف، وجعلوه حالة كمال، وكذا العرايا وهو بيع الرطب على النخل خرصاً بتمر في الأرض كيلاً، أو العنب على الشجر خرصاً بزبيب في الأرض كيلاً ـ فيما دون خمسة أوسق تحديداً بتقدير الجفاف بمثله لأَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَرْخَصَ فِي بَيْعِ العَرَايَا بِخَرْصِهَا[٢] فِيمَا

---

(١) زاد الرملي بهامش الروض اتخاذها من عصير الرمان وعصير القصب. وألغز بعضهم في القصب فقال:

مهفهفة الأعطاف عذب مذاقها ... تفوق القنا لكن بغير سنان
وتأخذ كل الناس منها منافعاً ... وتركل قبل العصر في رمضان

وقول الشاعر القنا هو الرمح الصغير.

(٢) أي بمخروصها أي بقدر مخروصها وهو متعلق ببيع أي بيع العرايا بقدر مخروصها من الرطب أو العنب فالعرايا هنا بالمعنى اللغوي وهو الرطب أو العنب المخروص لأنه عري عن أحكام البستان كما تقدم قرره شيخنا العشماوي. قال المدابغي: والحاصل أنه لا يجوز بيع العرايا إلا بتسعة شروط: أن يكون المبيع عنباً أو رطباً، وأن يكون ما على الأرض مكيلاً والآخر مخروصاً، وأن =

فَصْـلٌ

دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ، أَوْ فِي خَمْسَةِ أَوْسُقٍ»[(١)] شك داود بن حصين أحد رواته، فأخذ الشافعي بالأقل في أظهر قوليه. ولو زاد على ما دونها في صفقتين جاز ويشترط التقابض بتسليم التمر أو الزبيب إلى البائع كيلاً، والتخلية في رطب النخل وعنب الكرم؛ لأنه مطعوم بمطعوم. ولا يجوز مثل بيع العرايا في باقي الثمار كالخوخ واللوز لأنها مبتورة بالأوراق فلا يتأتى الخرص فيها، ولا يختص بيع العرايا بالفقراء لإطلاق أحاديث الرخصة.

فَصْـلٌ فِي السَّـلَمِ[(٢)]

ويقال له: السلف، يقال أسلم وسلم، وأسلف وسلف، والسلم لغة أهل الحجاز، والسلف لغة أهل العراق، قاله الماوردي، سمي سلماً، لتسليم رأس المال في المجلس، وسلفاً لتقديم رأس المال.

والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآية. قال ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ نزلت في السلم، وخبر الصحيحين: «مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلْيُسلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ

= يكون ما على الأرض يابساً والآخر رطباً بفتح الراء وإسكان الطاء، وأن يكون الرطب على رؤوس الشجر لأن من حكم الرخصة أكل الرطب على التدريج فلو كان الرطب على الأرض لم يصح خلافاً لبعضهم إذ الرخصة يقتصر فيها على محل ورودها شرح م ر، وأن يكون دون خمسة أوسق، وأن يتقابضا قبل التفرق لأنه بيع مطعوم بمثله وهو يشترط فيه الحلول والتقابض ويحصل القبض بنقل التمر أو الزبيب لأنه منقول وبالتخلية في الرطب والعنب الذي على الشجر لأنه من غير المنقول، وأن يكون بعد بدوّ الصلاح، وأن لا يتعلق به زكاة وأن لا يكون مع أحدهما شيء من غير جنسه.

(١) أخرجه البخاري ٤/ ٣٨٧ (٢١٩١) ومسلم ٣/ ١١٧٠ (٦٧ ـ ١٥٤٠).

(٢) لما فرغ من الكلام على بيوع الأعيان شرع يتكلم على بيوع الذمم بلفظ السلم وهو نوع من البيوع إلا أنه بلفظ خاص وإنما أفرده بفصل لأن له شروطاً زائدة وتفاصيل زائدة على أنواع البيع. ولفظ السلم والسلف اسم مصدر لأسلم وأسلف والمصدر الإسلام والإسلاف ولفظ السلم خاص بما في الباب بخلاف لفظ السلف فمشترك بين السلم والقرض.

وَيَصِحُّ السَّلَمُ حَالاًّ وَمُؤَجَّلاً

مَعْلُومٍ»[١] وتقدم تعريف السلم[٢] في كلام المصنف أول البيوع.

(ويصح السلم حالاًّ[٣] ومؤجلاً) بأن يصرح بهما، أما المؤجل ـ فبالنص والإجماع، وأما الحال ـ فبالأولى، لبعده عن الغرر.

فإن قيل: الكتابة لا تصح بالحال، وتصح بالمؤجل.

أجيب بأن الأجل فيها إنما وجب لعدم قدرة الرقيق. والحلول ينافي ذلك.

ويشترط تسليم رأس المال في مجلس العقد قبل لزمه فلو تفرقا قبل قبض رأس المال أو ألزمه بطل العقد أو قبل تسليم بعضه بطل فيما لم يقبض وفيما يقابله من المسلم فيه، فلو أطلق[٤]: كأسلمت إليك ديناراً في ذمتي في كذا، ثم عين الدينار وسلم في المجلس قبل التخاير[٥] ـ جاز ذلك لأن المجلس حريم العقد، ولو قبضه المسلم إليه في المجلس، وأودعه المسلم قبل التفرق جاز لأن الوديعة لا تستدعي[٦]

(١) أخرجه البخاري ٤/٤٢٨ (٢٢٣٩) ومسلم ٣/١٢٢٧ (١٢٧ ـ ٤ ـ ١٦).

(٢) وهو بيع شيء موصوف في الذمة بلفظ السلم لأنه بلفظ البيع بيع على المعتمد قال البلقيني ليس لنا عقد يتوقف على لفظ مخصوص إلا ثلاثة: السلم والنكاح والكتابة، وقضية كونه بيعاً أنه لا يصح سلم كافر في كل ما امتنع تملكه من رقيق مسلم أو مرتد أو مصحف أو كتب حديث أو كتب فقه فيها آثار السلف خلافاً للماوردي ومن تبعه. وكذلك الحربي يمتنع عليه السلم في عدة القتال من سلاح وخيل وكذلك المحرم يمتنع عليه السلم في الصيد البري الوحشي المأكول فيعتبر له ما يعتبر في البيع إلا الرؤية ولهذا صح سلم الأعمى.

(٣) خلافاً للأئمة الثلاثة وهو ومؤجلاً حالان على الإسناد المجازي والأصل حالاً المسلم فيه ومؤجلاً المسلم فيه قال سم: ولو ألحقا به أجلاً في المجلس لحق أو ذكراً أجلاً ثم أسقطاه في المجلس صح.

(٤) أي رأس المال أي لم يعين في العقد فالمراد بالإطلاق عدم التعيين وإلا فهو مقيد بما في الذمة وهذا تفريع على قوله تسليم رأس المال. وفيه إشارة إلى أن المدار عليه لا على التعيين في العقد.

(٥) أي ولا يقال إن رجوعه ليد المسلم على جهة الوديعة يبطل القبض السابق لأن التفرق حصل وهو في يد المسلم وديعة فربما يقال إن هذا كعدم القبض بالكلية.

(٦) قضيته أن التصرف الذي يستدعي لزوم الملك لا يصح من أحد المتعاقدين مع الآخر وليس كذلك كما يدل له قوله وكذا يجوز رده له عن دينه إذ محل التفصيل إذا كان التصرف لأحد العاقدين مع =

فِيمَا تَكَامَلَ فِيهِ خَمْسُ شَرَائِطَ: أَنْ يَكُونَ مَضْبُوطاً بِالصِّفَةِ، وَأَنْ يَكُونَ جِنْساً لَمْ يَخْتَلِطْ بِهِ غَيْرُهُ

لزوم الملك، وكذا يجوز رده إليه عن دينه كما اقتضاه كلام أصل الروضة في باب الربا، ويجوز كون رأس المال منفعة. وبقبض العين ورؤية رأس المال تكفي عن معرفة قدره[1].

القَوْلُ فِي (شُرُوطِ المُسَلَّمِ فِيهِ) وَهُوَ المُسَلَّمُ فِي السَّلَمِ

ولا يسلم إلا (فيما تكامل) أي اجتمع (فيه خمس شرائط):

الأول ـ (أن يكون) المسلم فيه (مضبوطاً بالصفة) التي لا يعز وجودها كالحبوب والأدهان والثمار والثياب والدواب والأرقاء والأصواف والأخشاب والأحجار والحديد والرصاص ونحو ذلك من الأموال التي تضبط بالصفات، فما لا يضبط بها كالنبل لا يصح السلم فيه، وكذا ما يعز وجوده كاللآلىء الكبار، واليواقيت، وسائر الجواهر، والجارية وأختها أو ولدها.

(و) الثاني ـ (أن يكون) المسلم فيه (جنساً) واحداً (لم يختلط به) جنس (غيره) اختلاطاً لا ينضبط به مقصوده: كالمختلط المقصود الأركان التي لا تنضبط: كهريسة ومعجون وغالية، وخف مركب، لاشتماله على ظهارة وبطانة، فإن كان الخف منفرداً صح السلم فيه إن كان جديداً واتخذ من غير جلد، وإلا امتنع ولا يصح في الترياق[2]

= أجنبي لا مع صاحبه فلا يصح تصرف أحدهما مع أجنبي قبل لزوم العقد بتصرف يستدعي لزوم البيع والإقراض.

(١) كالثمن المعين هذا إذا كان رأس المال مثلياً ومثله المتقوم إذا كان منضبط الصفات فإن اتفق فسخ وتنازعا في القدر فالقول قول المسلم إليه لأنه غارم كما قاله العناني (قوله التي لا يعزّ وجودها) العزة معناها القلة ويغني عن هذا القيد قوله الآتي وأن يكون موجوداً عند الاستحقاق في الغالب.

(٢) وهو بتاء مثناة أو دال مهملة أو طاء كذلك مكسورات ومضمومات ففيه ست لغات ويقال دراك وطراق شرح المنهج.والدال والطاء في الأخيرتين مكسورتان أو مضمومتان فيكون فيه عشر لغات قال القاضي أبو الطيب وغيره الترياق نجس فإنه يطرح فيه لحوم الحيات وابن الأتان ونص عليه في الأم قال الأذرعي فيحمل كلام المصنف وغيره على ترياق طاهر كما ذكره الرشيدي أي بأن كان من نبات.

وَلَمْ تَدْخُلْهُ النَّارُ لإِحَالَتِهِ

المخلوط، فإن كان منفرداً جاز السلم فيه، ولا يصح في رؤوس الحيوان، لأنها تجمع أجناساً مقصودة ولا تنضبط بالوصف (ولم تدخله النار لإحالته) أي فيصير غير منضبط، فلا يصح السلم في خبز[١] ومطبوخ ومشوي، لاختلاف الغرض باختلاف تأثير النار فيه وتعذر الضبط بخلاف ما ينضبط تأثير ناره: كالعسل المصفى بها والسكر والفانيد والدبس واللبأ[٢] فيصح السلم فيها، كما مال إلى ترجيحه النووي في الروضة وهو المعتمد، وقيل: لا يصح كما في الربا. وفرق بضيق باب الربا. ولا يصح في مختلف أجزاؤه كقدر وكوز وقمقم ومنارة ودست معمولة لتعذر ضبطها، وخرج بمعمولة المصبوبة في قالب فيصح السلم فيها. ولا يصح في الجلد لاختلاف الأجزاء في الرقة والغلظ، ويصح في أسطال مربعة أو مدورة، ويصح في الدراهم والدنانير بغيرهما، لا بمثلهما[٣]، ولا في أحدهما بالآخر، حالاً كان أو مؤجلاً.

وشرط في السلم في الرقيق ذكر نوعه كتركي فإن اختلف صنف النوع كرومي وجب ذكره، وذكر لونه إن اختلف كأبيض مع وصفه: كأن يصف بياضه بسمرة، وذكر سنه كابن خمس سنين، وذكر قده طولاً أو غيره، تقريباً في الوصف والسن والقد، حتى لو شرط كونه ابن سبع سنين مثلاً بلا زيادة ولا نقصان ـ لم يجز لندرته. ويعتمد قول الرقيق في الاحتلام وفي السن إن كان بالغاً، وإلا فقول سيده إن ولد في الإسلام، وإلا فقول النخاسين ـ أي الدلالين ـ بظنونهم. وذكر ذكورته أو أنوثته.

---

(١) بخلاف الإقراض فيجوز إقراض الخبز وزناً لعموم الحاجة إليه على المعتمد ومقابله ما في الكافي أنه يجوز عدداً. وكذلك خميرة العجين فيجوز إقراضها لا السلم فيها لاختلافها بالحموضة كما ذكره المدابغي.

(٢) واللبأ بالهمز والقصر أول ما يحلب.

(٣) لتضادّ أحكام السلم والصرف لأن الصرف يقتضي قبض العوضين في المجلس والسلم إنما يقتضي قبض أحدهما فيلزم أن يكون العوضان يستحق قبضهما ولا يستحق قبضهما في المجلس ح ل وفيه أن مقتضاه أنه يصح إذا كان السلم حالاً وقبض المسلم فيه في المجلس. وأجيب بأن من شأن السلم الدينية ومن شأن الدينية التأخير.

. . . .

وشرط في ماشية من بقر وإبل وغيرهما ما ذكر في الرقيق، إلا ذكر وصف اللون والقد فلا يشترط ذكرهما.

وشرط في طير وسمك نوع وجثة، وفي لحم غير صيد وطير نوع: كلحم بقر[١] وذكر خصي رضيع معلوف جذع[٢]، أو ضدها: من فخذ أو غيرها: ككتف. ويقبل عظم اللحم معتاد.

وشرط في ثوب: أن يذكر جنسه كقطن، ونوعه وبلده الذي ينسج فيه إن اختلف به الغرض، وطوله وعرضه، وكذا غلظه وصفاقته ونعومته، أو ضدها ومطلق الثوب يحمل على الخام، ويصح السلم في المقصور وفي مصبوغ قبل نسجه.

وشرط في تمر أو زبيب أو حب كبر ـ أن يذكر نوعه كبرني[٣]، ولونه كأحمر وبلده كمدني، وجرمه كبراً وصغراً، وعتقه أو حداثته.

---

(١) فيه نظر فإن البقر جنس والفرض يختلف باختلاف أنواعه وهي العراب والجواميس ومقتضى كلامه تخيير المسلم إليه بين العراب والجواميس إلا أن يكون أراد بالبقر خصوص العراب مدابغي. ولا بد أن يبين البقر هل هي جواميس أو عراب.

(٢) الجذع من الضأن ما له سنة أو أجذع مقدم أسنانه ومن الإبل ما له أربع سنين وطعن في الخامسة والثنيّ من المعز ما له سنتان ومن الإبل ما له خمس سنين.

(٣) نوع من أجود التمر. والبرني بالفارسية جمل مبارك أو جيد. قال في المصباح نقل السهيلي أنه أعجمي ومعناه أنه جمل مبارك قال برّ جمل ونيّ جيد وأدخلته العرب في كلامها وتكلمت به. والبرني من أنواع التمر بالمدينة وفي شرح مسلم للنووي أنها مائة وعشرون نوعاً وفي تاريخ المدينة الكبير للسيد السمهودي أن أنواع التمر بالمدينة التي أمكن جمعها بلغت مائة وبضعاً وثلاثين ويوافقه قول بعضهم اختبرناها فوجدناها أكثر مما ذكره النووي. قال ولعلّ ما زاد على ما ذكره حدث بعد ذلك. وأما أنواع التمر بغير المدينة كالمغرب فلا تكاد تنحصر فقد نقل عن عالم فاس محمد بن غازي: أرسل إلى عالم سجلماسة إبراهيم بن هلال سأله عن حصر أنواع تمر البلدة فأرسل إليه حملاً أو حملين من كل نوع تمرة واحدة وكتب إليه وهذا ما تعلق به علم الفقير ﴿وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها﴾ وقد روي «عليكم بالتمر البرني فكلوه فإنه يسبح في شجره ويستغفر لآكله».

وَأَنْ لاَّ يَكُونَ مُعَيَّناً.

وَأَنْ لاَ يَكُونَ مِنْ مُعَيَّنٍ، وَأَنْ يَكُونَ مِمَّا يَصِحُّ بَيْعُهُ

وشرط في عسل نحل: مكانه كجلبي، وزمانه كصيفي، ولونه كأبيض.

(و) **الثالث** ـ (وأن لا يكون) المسلم فيه (معيناً) بل يشترط أن يكون ديناً، لأن لفظ السلم موضوع له، فلو أسلم في معين: كأن قال: «أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد» فقيل ـ لم ينعقد سلماً؛ لانتفاء الدينية، ولا بيعاً، لاختلاف اللفظ.

(و) **الرابع** ـ (وأن لا يكون) المسلم فيه (من) موضع (معين) لا يؤمن انقطاعه فيه، فلو أسلم في تمر قرية صغيرة، أو بستان أو ضيعة، أي في قدر معلوم منه لم يصح، لأنه قد ينقطع بجائحة ونحوها وظاهر كلامهم أنه لا فرق في ذلك بين السلم الحال والمؤجل، وهو كذلك، أما إذا أسلم في تمر ناحية أو قرية عظيمة صح لأنه لا ينقطع غالباً.

(و) **الخامس** ـ (أن يكون) المسلم فيه (مما يصح بيعه)[1]، لأنه بيع شيء موصوف في الذمة.

ويشترط فيه لفظ المسلم، قال الزركشي وليس لنا عقد يختص، بصيغة إلا هذا[2] والنكاح.

ويؤخذ من كون السلم بيعاً أنه لا يصح أن يسلم الكافر في الرقيق المسلم، وهو الأصح كما في المجموع ومثل الرقيق المسلم الرقيق المرتد.

---

(١) الأولى إسقاط هذا الشرط لأنه مأخوذ من تعريفه لأنه بيع شيء موصوف في الذمة والكلام في الشروط الزائدة على شروط البيع المتقدمة.

(٢) فيه أن له صيغتين أسلمتك وأسفلتك. وكذا النكاح له صيغتان النكاح والتزويج. ويجاب بأن المراد بقوله بصيغة أي بجنس الصيغة أي بجنس مخصوص من الصيغة كما قاله شيخنا العشماوي وقد يقال هذا يجري في كل عقد وقوله والنكاح أي والكتابة.

ثُمَّ لِصِحَّةِ المُسَلَّمِ فِيهِ ثَمَانِيَةُ شَرَائِطَ: أَنْ يَصِفَهُ بَعْدَ ذِكْرِ جِنْسِهِ وَنَوْعِهِ بِالصِّفَاتِ الَّتِي يَخْتَلِفُ بِهَا الغَرَضُ، وَأَنْ يَذْكُرَ قَدْرَهُ بِمَا يَنْفِي الْجَهَالَةَ عَنْهُ

(شُرُوطٌ لِصِحَّةِ عَقْدِ المُسَلَّمِ فِيهِ)

(ثم لصحة) عقد (المسلم فيه) حينئذ (ثمانية شرائط):

الأول ـ (أن يصفه بعد ذكر جنسه ونوعه بالصفات التي يختلف بها الغرض) اختلافاً ظاهراً وينضبط بها المسلم فيه، وليس الأصل عدمها؛ لتقريبه من المعاينة، وخرج بالقيد الأول ما يتسامح بإهمال ذكره كالكحل والسمن في الرقيق. وبالثاني ما لا ينضبط كما مر، وبالثالث كون الرقيق قوياً على العمل أو ضعيفاً أو كاتباً أو أمياً[١] أو نحو ذلك، فإنه وصف يختلف به الغرض اختلافاً ظاهراً مع أنه لا يجب التعرض له، لأن الأصل عدمه.

(و) **الثاني** ـ (أن يذكر قدره) أي المسلم فيه (بما ينفي الجهالة عنه) من كيل فيما يكال أو وزن فيما يوزن، للحديث المشار أول الباب، أو عد فيما يعد أو ذرع فيما يذرع، قياساً على ما قبلهما، ويصح سلم المكيل[٢]، وزناً والموزون الذي يتأتى كيله كيلاً. وحمل الإمام إطلاق الأصحاب جواز كيل الموزون على ما يعد الكيل في مثله ضابطاً فيه فلا يصح أن يسلم في قتاب المسك ونحوه كيلاً وقيل يصح كاللآلىء[٣] الصغار وفرق بكثرة التفاوت في المسك ونحوه: بالثقل على المحل وتراكمه، بخلاف اللؤلؤ لا يحصل بذلك تفاوت كالقمح والفول، واستثنى الجرجاني وغيره ـ النقدين أيضاً، فلا يصح السلم فيهما إلا بالوزن. ويشترط الوزن في البطيخ والقثاء والباذنجان

---

(١) المراد به ما عدا الكاتب بدليل المقابلة وكون الأصل عدمه فيه نظر بل قد يدعي أن الأصل وجوده لأن الكتابة عارضة.

(٢) فإن قلت لم لم يتعين هنا في المكيل الكيل وفي الموزون الوزن في كمافي الربا: أجيب بأن المقصود هنا معرفة القدر وثم المماثلة بعادة عهد النبيّ ﷺ.

(٣) ضعيف في المقيس دون المقيس عليه للفرق المذكور فالراجح في نحو فتات المسك كالعنبر الوزن فقط دون اللآلىء الصغار فتصح كيلاً ووزناً إذا عم وجودها.
وقد يقال الكيل لا يعد فيها ضابطاً لأن للقدر اليسير منها مالية كثيرة.

وَإِنْ كَانَ مُؤَجَّلاً ذَكَرَ وَقْتَ مَحَلِّهِ،

وما أشبه ذلك مما لا يضبطه الكيل لتجافيه في المكيال كقصب السكر والبقول، ولا يكفي فيها العد لكثرة التفاوت فيها، والجمع فيها[١] بين العد والوزن مفسد، لأنه يحتاج معه إلى ذكر الجرم فيورث عزة الوجود، ويصح في اللوز والجوز، وإن لم يقل اختلافه وزناً وكذا كيلاً[٢]، قياساً على الحبوب والتمر، ولو عين كيلاً فسد السلم، ولو كان حالاً: إن لم يكن ذلك الكيل معتاداً ككوز لا يعرف قدر ما يسع، فإن كان الكيل معتاداً: بأن عرف قدر ما يسع ـ لم يفسد السلم، ويلغو تعيينه كسائر الشروط التي لا غرض فيها.

(و) الثالث ـ (إن كان) السلم (مؤجلاً ذكر وقت محله) بكسر المهملة. أي وقت حلول الأجل، فيجب أن يذكر العاقد أجلاً معلوماً. والأجل المعلوم ما يعرفه الناس كشهور العرب أو الفرس أو الروم، لأنها معلومة مضبوطة ويصح التأقيت بالنيروز ـ وهو نزول الشمس برج الميزان ـ وبعيد الكفار إن عرفه المسلمون ولو عدلين منهم أو

---

(١) أي المذكورات من البطيخ وما بعده كأسلمت إليك في مائة بطيخة كل بطيخة رطلان وكذا لا يصح في الواحدة بأن يقول في بطيخه وزنها رطل وهذا إذا أريد الوزن التحديدي وإلا فيصح ا.هـ. وعبارة م د على التحرير ويصح في المكيل وزناً وكذا عكسه إن عدّ فيه ضابطاً بخلاف ما لا يعدّ الكيل فيه ضابطاً كعنبر وفتات مسك ودراهم ودنانير. ولا يصح الجمع بين الكيل والوزن كإردب قمح وزنه كذا ولا بين الوزن وغيره كذلك كالذرع فيمتنع كثوب ذرعه كذا ووزنه كذا. إلا في نحو لبن بكسر الباء مما يضرب عن اختيار فيصح فيه الجمع بين العدّ والوزن. وعلم مما ذكر جمع العدّ مع الذرع في البسط فلا بد من ذكرهما فيها اهـ وفي شرح م ر وقول السبكي لو أسلم في عدة من بطيخ مثلاً كمائة بالوزن في الجميع دون كل واحدة جاز اتفاقاً ممنوع كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى أي فيتعين فيه الوزن فقط بأن يقول أسلمت إليك في قنطار من البطيخ مثلاً اهـ وأما في البطيخة الواحدة ونحوها فلا يجوز السلم فيها مطلقاً لأنه لا بد من الوزن مع الأوصاف وذلك يورث عزة الوجود ما لم يرد الوزن التقريبي. قال سم واعلم أنه ينتج من هذا الكلام أن البطيخة الواحدة متقومة لأنه لا يجوز السلم فيها بخلاف الجملة فإنها مثلية لجواز السلم فيها وكذا يقال في البيضة الواحدة والجملة.

والحاصل أنه إذا جمع بين العدّ والوزن في جملة من البطيخ مثلاً فإن أراد التقريبي صح كما لو اقتصر على الوزن مطلقاً فلا يصح.

(٢) قد يقال الكيل لا يعد فيه ضابطاً والقياس المذكور قياس مع الفارق.

وَأَنْ يَكُونَ مَوْجُوداً عِنْدَ الِاسْتِحْقَاقِ،

المتعاقدان فإن أطلق الشهر حمل على الهلال وهو ما بين الهلالين ـ لأنه عرف الشرع ذلك بأن يقع العقد أول الشهر فإن انكسر شهر. بأن وقع العقد في أثنائه، والتأجيل بالأشهر حسب الباقي بعد الأول المنكسر بالأهلة، وتمم الأول ثلاثين مما بعدها، نعم إن وقع العقد في اليوم الأخير من الشهر اكتفى بالأشهر بعده بالأهلة: تامة كانت أو ناقصة[1]. والسنة المطلقة تحمل على الهلالية دون غيرها: لأنها عرف الشرع، قال تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٨٩] ولو قالا إلى يوم كذا أو شهر كذا أو سنة كذا حل بأول جزء منه ولو قال إلى يوم كذا أو شهر كذا أو سنة كذا لم يصح على الأصح، أو قالا إلى أول شهر كذا أو آخره ـ صح وحمل على الجزء الأول كما قاله البغوي وغيره، ويصح التأجيل بالعيد وجمادى وربيع ونفر الحج، ويحمل على الأول من ذلك لتحقيق الاسم به نعم لو قال بعد عيد الفطر إلى العيد حمل على الأضحى، لأنه الذي يلي العقد، قاله ابن الرفعة.

(و) الرابع ـ (أن يكون) المسلم فيه (موجوداً عند الاستحقاق) أي عند وجوب التسليم، لأن المعجوز عن تسليمه يمنع بيعه فيمنع السلم فيه، فإذا أسلم في منقطع عند الحلول كالرطب في زمن الشتاء لم يصح، وكذا لو أسلم مسلم كافراً في عبد مسلم، نعم إن كان في يد الكافر وكان السلم حالاً صح، ولو ظن تحصيل المسلم فيه بمشقة عظيمة: كقدر كثير من الباكورة ـ وهي أول الفاكهة ـ لم يصح، فإن كان المسلم فيه يوجد ببلد آخر صح السلم فيه إن اعتقد نقله غالباً[2] منه للبيع ونحوه من

---

(١) قال الرملي وإن نقص بعضها هو الأخير ولا يتمم الأول مما بعدها لأنها مضت عربية كوامل هذا إذا نقص الشهر الأخير وإلا لم يشترط انسلاخه بل يتمم اليوم الأول الذي وقع فيه العقد من اليوم الأخير، فإذا وقع العقد عند الزوال من ذي الحجة مثلاً وأجل بثلاثة أشهر اكتفى بالمحرم وصفر مطلقاً كاملين أو ناقصين أو مختلفين وكذا ربيع الأول إن نقص بخلاف ما إذا كمل فإن الدين يحل وقت الزوال من آخره.

(٢) لا حاجة لذكر غالباً بعد اعتيد لأن الخارج بأحدهما وهو ما لا يغلب نقله خارج بالآخر. العادة تثبت بمرة ومرتين فالاعتياد لا يفيد الغلبة فلا يغني عنها.

فِي الْغَالِبِ، وَأَنْ يَذْكُرَ مَوْضِعَ قَبْضِهِ،

المعاملات[١]، وإن بعدت المسافة: للقدرة عليه،[٢] وإلا فلا يصح السلم فيه؛ لعدم القدرة عليه ولو أسلم فيما يعم وجوده فانقطع وقت حلوله لم ينفسخ، لأن المسلم فيه يتعلق بالذمة فأشبه إفلاس المشتري بالثمن فيتخير المسلم بين فسخه والصبر حتى يوجد، فيطالب به، دفعاً للضرر، ولو علم قبل المحل ـ انقطاعه عنده فلا خيار قبله، لأنه لم يدخل وقت وجوب التسليم.

(و) **الخامس** ـ أن يكون وجوده (في الغالب) من الأزمان، فلا يصح فيما يندر وجوده: كلحم الصيد بمحل يعز وجوده فيه، لانتفاء الوثوق بتسليمه، نعم لو كان السلم حالاً وكان المسلم فيه موجوداً عند المسلم إليه بموضع يندر فيه ـ صح، كما في الاستقصاء، ولا فيما لو استقصى وصفه عز وجوده؛ كاللآلىء الكبار واليواقيت وجارية وأختها أو خالتها أو عمتها أو ولدها أو شاة وسخلتها، فإن اجتماع ذلك بالصفات المشروطة فيها نادر.

(و) **السادس** ـ (أن يذكر) في السلم المؤجل[٣] (موضع قبضه) إذا عقد بموضع لا

---

(١) ينبغي إسقاطه أي لأن نقله لغير البيع كالهدية والهبة لا يعتبر ما لم يعتد بيع المهدى إليه الهدية وهذا يقتضي أن الهدية والهبة يقال لهما معاملة بأن يراد بها ما يقع بين اثنين. ويجاب بأن مراد الشارح بنحوه المعاوضات كالسلم والأجرة والصداق.

(٢) بأن لم ينقل أصلاً أو نقل نادراً للبيع أو نقل غالباً للهدية نعم لو كان المهدى إليه يبيع صح أخذاً من العلة سواء كان هو المسلم إليه أو غيره كما قاله الشوبري.

(٣) ليس قيداً في جميع الصور فمفهومه فيه تفصيل فالأولى حمل المتن على الأعم من المؤجل والحالّ وتقييده بما إذا كان موضع العقد غير صالح للتسليم، سواء كان للنقل إليه مؤنة أو لا فيصدق حينئذ بأربع صور يجب فيها البيان ويبقى التفصيل في مفهوم القيد المذكور وهو ما إذا كان موضع العقد صالحاً فيقال إن كان السلم مؤجلاً يجب البيان إن كان للنقل إليه مؤنة وإلا فلا يجب. وإن كان حالاً لا يجب البيان سواء كان للنقل إليه مؤنة أو لا. فمحصل الصور ثمانية يجب البيان في خمسة ولا يجب في ثلاثة وكلها في الشرح على هذا الوجه. فصنيع الشارح هنا هو المعتمد خلافاً لما في شرح المنهج. والحاصل أن السلم إما حال وإما مؤجل وكل منهما إما أن يكون بمحل صالح للتسليم أو لا، وعلى كل إما أن يكون المسلم فيه لحمله مؤنة أم لا فالصور ثمانية فإن لم يصلح محل العقد للتسليم وجب البيان مطلقاً أي حالاً كان أو مؤجلاً لحمله مؤنة أم =

وَأَنْ يَتَقَابَضَا

يصلح للتسليم[1] كالبادية، أو يصلح ولحمل المسلم فيه مؤونة، لتفاوت الأغراض فيما يراد من الأمكنة، أما إذا صلح للتسليم ولم يكن لحمله مؤنة فلا يشترط ما ذكر. ويتعين مكان العقد للتسليم للعرف، ويكفي في تعيينه أن يقول: «تسلم لي في بلدة كذا» إلا أن تكون كبيرة كبغداد والبصرة فيكفي، إحضاره في أولها، ولا يكلف إحضاره إلى منزله. ولو قال: في أي البلاد شئت فسد، أو في أي مكان شئت من بلد كذا: فإن اتسع لم يجز، وإلا جاز أو ببلد كذا وبلد كذا فهل يفسد أو يصح وينزل على تسليم النصف بكل بلد؟ وجهان أصحهما كما قال الشاشي الأول، قال في المطلب: والفرق بين تسليمه في بلد كذا حيث صح، وتسليمه في شهر كذا حيث لا يصح ـ اختلاف الغرض في الزمان دون المكان، فلو عين مكاناً فخرب وخرج عن صلاحية التسليم تعين أقرب موضع صالح له على الأقيس في الروضة من ثلاثة أوجه[2].

أما السلم الحال ـ فيتعين فيه موضع العقد للتسليم؛ نعم إن كان غير صالح للتسليم اشترط البيان كما قاله ابن الرفعة، فإن عينا غيره تعين بخلاف المبيع المعين لأن السلم يقبل التأجيل، فقبل شرطاً يتضمن تأخير التسليم بخلاف المبيع، والمراد بموضع العقد تلك المحلة لا نفس موضع العقد.

(و) **السابع**: (أن يتقابضا) أي المسلم والمسلم إليه بنفسه أو نائبه رأس مال

= لا وإن صلح لذلك وليس لحمله مؤنة لم يجب البيان مطلقاً أي سواء كان حالاً أو مؤجلاً وإن صلح ولحمله مؤنة وجب البيان في المؤجل دون الحال فيجب البيان في خمس صور. وقد نظم ذلك بعضهم فقال:

مهما يكن محل عقد السلم	به انتفى الصلاح للتسلم
فواجب بيان ذاك مطلقا	أو كان صالحاً ففيه حققا
إن لم تكن مؤونة للحمل	فذا البيان لم يجب في كلِّ
وإن تكنْ مؤونة تحققت	ففي المؤجل البيان قد ثبت

(١) صادق بأربع صور بقطع النظر عن تقييد الشارح بالمؤجل لأنه شامل للحامل والمؤجل سواء كان لنقله مؤنة أو لا وقوله أو يصلح الخ صورة خامسة فهذه صور وجوب البيان.

(٢) ثانيها أنه لا يتعين مكان ثالثها يتعين ذلك المكان وإن لم يصلح للتسليم.

قَبْلَ التَّفَرُّقِ، وَأَنْ يَكُونَ الْعَقْدُ نَاجِزاً لَا يَدْخُلُهُ خِيَارُ الشَّرْطِ.

السلم ـ وهو الثمن في مجلس العقد ـ قبضاً حقيقياً (قبل التفرق) أو التخاير، لأن اللزوم كالتفريق كما مر في باب الخيار، إذ لو تأخر لكان في معنى بيع الدين بالدين إن كان رأس المال في الذمة، ولأن في السلم غرراً، فلا يضم إليه غرر تأخير رأس المال، ولا بد من حلول رأس المال كالصرف[١] فلو تفرقا قبله أو ألزماه بطل العقد، أو قبل تسليم بعضه بطل فيما لم يقبض وفيما يقابله من المسلم فيه، وصح في الباقي بقسطه. وخرج بقيد الحقيقي ما لو أحال المسلم المسلم إليه برأس المال وقبضه المسلم إليه في المجلس فلا يصح ذلك سواء أذن في قبضه المحيل أم لا، لأن الحوالة ليست قبضاً حقيقياً، فإن المحال عليه يؤدي عن جهة نفسه لا عن جهة المسلم، نعم إن قبضه المسلم من المحال عليه أو من المسلم إليه في المجلس صح ولا يشترط تعيين رأس المال في العقد، بل الصحيح جوازه في الذمة، فلو قال: «أسلمت إليك ديناراً في ذمتي في كذا» ثم عين الدينار في المجلس قبل التخاير جاز ذلك، لأن المجلس حريم العقد فله حكمه، فإن تفرقا أو تخايرا قبله بطل العقد.

(و) **الثامن** ـ (أن يكون العقد ناجزاً لا يدخله خيار الشرط)[٢] لهما ولا لأحدهما، لأنه لا يحتمل التأجيل، والخيار أعظم غرراً منه؛ لأنه مانع من الملك أو من لزومه، واحترز بقيد الشروط عن خيار المجلس فإنه يثبت فيه، لعموم قوله ﷺ: «البيِّعَان

---

(١) وهو بيع الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة أو بيع أحدهما بالآخر سمي صرفاً لصرفه عن مقتضى المبايعات من جواز التفاضل عند اختلاف الجنس دون اتحاده، أو لأخذه من الصريف وهو التصويت عند عدّ النقد ومنه صريف الأقلام وهو صوت حركتها على المكتوب.

أي إذن جديد غير إذن الحوالة لفسادها فلو لم يأذن لم يصح التسليم إليه لبقائه على ملك الأول لبطلان القبض الأول ولو أحال المسلم إليه ثالثاً برأس المال على المسلم فالحوالة باطلة أيضاً فإن أذن المسلم إليه للمسلم في التسليم إلى المحتال ففعل في المجلس صح وكان الثالث وكيلاً في القبض.

ولو قال لمدينة: اجعل ما في ذمتك رأس مال على كذا في ذمتك أو ذمة غيرك فلا يصح لأنه إما قابض مقبض من نفسه أو وكيل في إزالة ملك نفسه وكل باطل.

(٢) تفسير لقوله ناجزاً.

فَصْــلٌ

بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا» والسلم بيع موصوف في الذمة كما مر.

تتمة ـ لو أحضر المسلم إليه المسلم فيه المؤجل قبل وقت حلوله فامتنع المسلم من قبوله لغرض صحيح: ـ بأن كان حيواناً يحتاج لمؤونة لها وقع، أو وقت إغارة[١]، أو كان ثمراً أو لحماً يريد أكله عند المحل طرياً، أو كان مما يحتاج إلى مكان له مؤونة كالحنطة الكثيرة ـ لم يجبر على قبوله، فإن لم يكن للمسلم غرض[٢] صحيح في الامتناع ـ أجبر على قبوله سواء أكان للمؤدي غرض صحيح في التعجيل كفك رهن أو ضمان أو مجرد براءة ذمته أم لا؛ كما اقتضاه كلام الروض، لأن عدم قبوله له تعنت فإن أصر على عدم قبوله أخذه الحاكم له، ولو أحضر المسلم فيه الحال في مكان التسليم لغرض غير البراءة أجبر المسلم على قبوله، أو لفرضها أجبر على القبول أو الإبراء، ولو ظفر المسلم إليه بعد المحل في غير محل التسليم، وطالبه بالمسلم فيه، ولنقله مؤونة ولم يتحملها المسلم عن المسلم إليه لم يلزمه الأداء ولا يطالبه بقيمته وإن امتنع المسلم من قبوله في غير محل التسليم لغرض صحيح ـ لم يجبر على قبوله لتضرره بذلك، فإن لم يكن له غرض صحيح أجبر على قبوله إن كان للمؤدي غرض صحيح. كتحصيل براءة الذمة. ولو أنفق كون رأس مال السلم بصفة المسلم فيه فأحضر المسلم إليه وجب قبوله.

فَصْــلٌ فِي الــرَّهْنِ

وهو ـ لغة الثبوت، ومنه الحالة الراهنة. وشرعاً: جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه.

(١) التقدير أو كان الوقت وقت إغارة وهو من عطف الجمل ولا يصح عطفه على خبر كان لأنه يكون المعنى عليه، أو كان المسلم إليه وقت إغارة فيلزم عليه الإخبار باسم الزمان عن الذات وهو ممتنع قال ابن مالك:

ولا يكــون اســم زمــان خبــرا عــن جثــة وإن يفــد فــأخبــرا

(٢) كأن كان لنقله منه إلى محل التسليم مؤنة ولم يتحملها المسلم إليه أو كان الموضع أو الطريق مخوفاً. شرح المنهج. فإن رضي بأخذه لم يجب له مؤنة النقل بل لو بذلها له لم يجز له قبولها لأنه كالاعتياض اهـ م ر فإن استأجر المسلم إليه من يحمله فلا اعتياض فحينئذ للمسلم أن يمتنع من أخذ المسلم فيه ويقول للمسلم إليه أرسله إلى محل التسليم.

وَكُلُّ مَا جَازَ بَيْعُهُ جَازَ رَهْنُهُ

والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] قال القاضي[١] معناه فارهنوا واقبضوا، لأنه مصدر جعل جزاء للشرط[٢] بالفاء فجرى مجرى الأمر كقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] وخبر الصحيحين أنه ﷺ «رَهَنَ[٣] دِرْعَهُ عِنْدَ يَهُودِيٍّ يُقَالُ لَهُ أَبُو الشَّحْمِ عَلَى ثَلَاثِينَ صَاعاً مِنْ شَعِيرٍ لِأَهْلِهِ»[٤] والوثائق بالحقوق ثلاثة: شهادة، ورهن، وضمان. فالشهادة لخوف الجحد، والآخران لخوف الإفلاس.

(أَرْكَانُ الرَّهْـنِ)

وأركانه أربعة: مرهون، ومرهون به، وصيغة، وعاقدان.

وقد بدأ بذكر الركن الأول ـ وهو المرهون ـ فقال: (وكل ما جاز بيعه) من الأعيان (جاز رهنه) فلا يصح رهن دين ولو ممن هو عليه، لأنه غير مقدور على تسليمه، ولا رهن منفعة كأن يرهن سكنى داره مدة، لأن المنفعة تتلف فلا يحصل بها

---

(١) أي القاضي حسين لأنه متى أطلق يراد به ذلك وأما البيضاوي فأعرب الآية إعراباً آخر حيث جعل فرهن مبتدأ وخبره محذوف أو خبر مبتدأ محذوف والتقدير على الأول فعليكم رهن وعلى الثاني فالواجب عليكم رهن. وانظر على كلام القاضي حسين رفع رهن على أي شيء قال بعضهم إنه وضع موضع فعله فصار منصوباً ثم عدل إلى الرفع كما في الحمد لله وفيه أنه يقتضي أن يكون مرفوعاً حينئذ على الابتداء فيرجع إلى كلام البيضاوي.

(٢) أي مقروناً بالفاء يعني والجواب لا يكون إلا جملة فيؤول بفعل الأمر ليصير جملة وفيه أن تصييره جملة لا يتوقف على تأويله بالأمر إذ يجوز جعله مبتدأ والخبر محذوف تقديره تستوثقون بها كما قدره الجلال فيكون جملة اسمية وإنما قال فارهنوا واقبضوا المأخوذ من المعنى لأن الرهن قبل القبض جائز فلا يتم لزومه إلا بذكر القبض.

(٣) آثره على بعض الصحابة ليسلم من نوع منة أو تكلف مياسير أصحابه بإبرائه أو عدم الأخذ منه أو بياناً لجواز معاملة أهل الكتاب. وقيل لأنه لم يكن عند أحد من مياسير المدينة طعام فاضل عن حاجته غير اليهودي. دميري على المنهاج. والصحيح أنه مات ﷺ ولم يفتكه وإنما افتكه سيدنا عليّ بعد موته وقيل افتكه أبو بكر بعد موته. والراجح أنه افتكه قبل موته ولكن لم يأخذه من اليهودي فتوهم بعضهم بعدم أخذه أنه استمرّ على رهنه.

(٤) أخرجه البخاري ٤/ ٣٠٢ (٢٠٦٨) ومسلم ٣/ ١٢٢٦ (١٢٦ ـ ١٦٠٣).

. . . .

استيثاق، ولا رهن عين لا يصح بيعها كوقف ومكاتب وأم ولد. ويصح رهن المشاع من الشريك، وغيره، ويقبض بتسليم كله كما في البيع، فيكون بالتخلية في غير المنقول وبالنقل في المنقول، ولا يجوز نقله بغير إذن الشريك فإن أبى الإذن فإن رضي المرتهن بكونه في يد الشريك ـ جاز وتاب عنه في القبض، وإن تنازعا نصب الحاكم عدلاً يكون في يده لهما.

يستثنى من منطوق كلام المصنف صورتان[١] لا يصح رهنهما ويصح بيعهما: الأولى: المدبر رهنه باطل وإن جاز بيعه لما فيه من الغرر، لأن السيد قد يموت فجأة فيبطل مقصود الرهن. الثانية ـ الأرض المزروعة يجوز بيعها[٢] ولا يجوز رهنها[٣].

ومن مفهومه صوره يصح ههنا ولا يصح بيعها الأمة التي لها ولد غير مميز لا يجوز إفراد أحدهما بالبيع ويجوز بالرهن، وعند الحاجة يباعان ويقوّم المرهون منهما موصوفاً بكونه حاضناً أو محضوناً، ثم يقوم مع الآخر، فالزائد على قيمته قيمة الآخر،

---

(١) لعل الاقتصار عليهما لعمومهما وإلا فالمعلق عتقه بصفة لم يعلم حلول الدين قبلها بل وكذا ما يسرع فساده إن لم يشرط بيعه عند خوف فساده وجعل ثمنه رهناً مكانه كذلك.

(٢) أي حيث رئيت قبل الزرع أو من خلاله ولعلّ الفرق على هذا أن البيع يراد للدوام فحيث علم المشتري بالزرع حين الشراء أو بعده وأجاز البيع فقد رضي بالأرض مسلوبة المنفعة تلك المدة، فكان كشراء المعيب والمقصود من الرهن التوثق واستيفاء الدين من المرهون عندالمحلّ، والزرع قد يتأخر وقت البيع أو يضعف الأرض فلا يتيسر البيع في ذلك الوقت فتقل الرغبة فيها فلا يحصل مقصود الرهن من استيفاء الدين.

(٣) لأن المقصود من الرهن التوثق وتوفية الدين عند الحلول وربما يحل الدين قبل التفريغ فيحصل النزاع لا إلى غاية، أي ليست ديوناً حتى تستوفى من ثمن المرهون. قيل لم لا يصح الرهن ليستوفى منه قيمة تلك الأعيان إذا تلفت لأنها تصير ديوناً. أجيب بأن الدين يشترط فيه أن يكون ثابتاً وهذا لم يثبت أي لأنها ما دامت باقية لا يتصور استيفاء ذاتها من ثمنها وأما إن تلفت فإن كانت غير مضمونة فلا دين أصلاً وإن كانت مضمونة فيجب بدلها ويصير ديناً على واضع اليد لكن هذا الدين إنما وجد وثبت بعد تلفها وهو بعد الرهن فوقت الرهن لم يكن هناك دين فهو رهن على ما لم يثبت.

فِي الدُّيُونِ

ويوزع الثمن عليهما بتلك النسبة، فإذا كانت قيمة المرهون مائة وقيمته مع الآخر مائة وخمسين فالنسبة بالأثلاث فيتعلق حق المرتهن بثلثي الثمن.

ثم شرع في الركن الثاني ـ وهو المرهون به ـ فقال: (في الديون) أي وشرط المرهون به كونه ديناً، فلا يصح بالعين المضمونة: كالمغصوبة، والمستعارة، ولا بغير المضمونة: كمال القراض والمودع؛ لأنه تعالى ذكر الرهن في المداينة فلا يثبت في غيرها، ولأنها لا تستوفى من ثمن المرهون، وذلك مخالف لغرض الرهن عند البيع.

تنبيه ـ يؤخذ من ذلك مسألة كثيرة الوقوع، وهي أن الواقف يقف كتباً ويشرط ألا يخرج منها كتاب من مكانه يحبسها فيه إلا برهن، وذلك لا يصح كما صرح به الماوردي، وإن أفتى القفال بخلافه، وضعف بعضهم ما أفتى به القفال بأن الراهن أحد المستحقين، والراهن لا يكون مستحقاً، إذ المقصود بالرهن ـ الوفاء من ثمن المرهون عند التلف، وهذا الموقوف لو تلف بغير تعد ولا تفريط لم يضمن[١]، وعلى إلغاء الشرط[٢] لا يجوز إخراجه برهن ولا بغيره؛ فكأنه قال: لا يخرج مطلقاً، نعم إن تعذر الانتفاع به في الحل الموقوف فيه ووثق بمن ينتفع به في غير ذلك المحل أن يرده إلى

---

(١) أي فلا فائدة للرهن فكان شرطه باطلاً وبفرض الضمان لا فائدة للرهن لأنه لا يستوفى من المرهون لأن قيمته بعد تلفه دين حدث بعد الرهن فلا يستوفى منه.

(٢) أي المستفاد من قوله لا يصح فكأنه قال لا يخرج أصلاً أي إن تيسر الانتفاع به في محله وإلا أخرج. وأما إذا لم يلغ شرط الرهن بأن أريد الرهن اللغويّ فلا يخرج إلا برهن واف لكن ليس رهناً شرعياً بل للتوثق فقط. قال السبكي إن عنى الرهن الشرعي فباطل أو اللغوي وأراد أن يكون المرهون تذكرة صح، وإن جهل مراده احتمل بطلان الشرط حملاً على الشرعي فلا يجوز إخراجه برهن لتعذره ولا بغيره لمخالفته الشرط أو لفساد الاستثناء فكأنه قال لا يخرج مطلقاً لأن خروجه مظنة ضياعه واحتمل صحته حملاً على اللغوي وهو أقرب تصحيحاً للكلام ما أمكن اهـ ش م ر ثم قال م ر: واعلم أن محل عدم اعتبار شرط إخراجه وإن ألغينا شرط الرهن ما لم يتعسر الانتفاع به في ذلك المحل وإلا جاز إخراجه. والمعتمد أن الوقف صحيح مطلقاً قصد الشرعي أو اللغوي وهو الحبس لكن مع إلغاء الشرط فقط وقال سم على حج المعتمد بطلان الشرط المذكور مطلقاً ولا يعوّل على كلام السبكي.

إِذَا اسْتَقَرَّ ثُبُوتُهَا فِي الذِّمَّةِ،

محله بعد قضاء حاجته جاز إخراجه؛ كما أفتى به بعض المتأخرين.

ويشترط في الدين الذي يرهن به ثلاثة شروط:

الأول ـ كونه ثابتاً، فلا يصح بغيره: كنفقة زوجته في الغد، لأن الرهن وثيقة حق فلا يتقدم عليه.

والثاني ـ كونه معلوماً للعاقدين، فلو جهلاه أو أحدهما لم يصح.

والثالث ـ كونه لازماً أو آيلاً إلى اللزوم[١]، فلا يصح في غير ذلك كمال الكتابة، ولا بجعل الجعالة[٢] قبل الفراغ من العمل، ويجوز الرهن بالثمن في مدة الخيار، لأنه آيل إلى اللزوم، والأصل في وضعه اللزوم بخلاف مال الكتابة وجعل الجعالة، وظاهر أن الكلام حيث قلنا: ملك المشتري المبيع ليملك البائع الثمن كما أشار إليه الإمام، ولا حاجة لقول المصنف[٣] (إذا استقر ثبوتها) أي الديون (في الذمة) بل هو مضر، إذ لا فرق بين كونه مستقراً كثمن المبيع المقبوض ودين السلم وأرش الجناية، أو غير مستقر كالأجرة قبل استيفاء المنفعة.

وسكت المصنف عن الركنين الآخرين: أما الصيغة فيشترط فيها ما مر فيها في البيع: فإن شرط[٤] في الرهن مقتضاه كتقدم المرتهن بالمرهون عند تزاحم الغرماء، أو

---

(١) أي بنفسه بخلاف مال الكتابة وجعل الجعالة فإنهما وإن كانا يؤولان للزوم لكن لا بنفسهما بل بفعل فاعل كدفع مال الكتابة وردّ الضالة في الجعالة وأيضاً الثمن وضعه اللزوم بخلافهما كما أشار إلى هذا الشارح بقوله والأصل في وضعه اللزوم.

(٢) لأن له فسخها متى شاء والفرق بينها وبين الثمن في مدة الخيار أن موجب الثمن البيع وقد تم بخلاف موجب الجعل وهو العمل. وصورة المسألة: أن يقول من رد عبدي فله دينار فيقول شخص ائتني برهان وأنا أرده ومثله إن رددته فلك دينار وهذا رهن به أو من جاء به فله دينار وهذا رهن به.

(٣) أي إن أريد بالمُستقر ما حصل استيفاء مقابله كالأجرة بعد استيفاء المنفعة فتخرج الأجرة قبل استيفاء المنفعة فيقتضي أنه لا يصح الرهن عليها وليس كذلك. أما إذا أريد بالاستقرار اللزوم فكلام المصنف صحيح محتاج إليه.

(٤) فلا يضر الفصل به بين الإيجاب والقبول كما لا يضرّ الفصل بينهما في البيع بما هو من مقتضاه =

. . . .

شرط فيه مصلحة له: كإشهاد[1] به أو ما لا غرض فيه: كأن يأكل العبد المرهون كذا ـ صح العقد ولغا الشرط الأخير، وإن شرط ما يضر المرتهن أو الراهن كأن لا يباع عند المحل أو أن منفعته للمرتهن[2] أو أن تحدث زوائده مرهونة لم يصح الرهن في الثلاث، لإخلال الشرط بالغرض منه في الأولى، ولتغير قضية العقد[3] في الثانية، ولجهالة الزوائد وعدمها في الثالثة.

وأما العاقدان فيشترط فيهما ـ أهلية التبرع[4] والاختيار كما في البيع ونحوه، فلا يرهن الولي ـ أياً كان أو غيره ـ مال الصبي والمجنون، ولا يرتهن لهما إلا لضرورة أو غبطة ظاهرة[5] فيجوز له الرهن والارتهان فيهما دون غيرهما مثالهما للضرورة: أن

= فهذا مفرّع على قوله فيشترط فيها ما مرّ الخ أي على مفهومه إذ ما مر هو أن لا يتخلل بينهما كلام أجنبي وإن قلّ ولا سكوت طال عرفاً فمفهومه أن غير الأجنبي لا يضر الفصل به وهو ما كان من مقتضيات العقد أو مصالحه أو مستحباته لكن قوله أو ما لا غرض فيه الخ يقتضي أن الكلام في الشرط من حيث هو إذ الظاهر أن الفصل بهذا مضرّ لأنه أجنبي. وكذا قوله وإن شرط ما يضر الخ فإنه يضرّ مطلقاً وحينئذ فقوله فإن شرط في الرهن مقتضاه الخ كلام مستأنف.

(١) أي العقد والباء بمعنى على إذ الإشهاد فيه مصلحة للراهن لأنه إذا لم يشهد على العقد ربما أن المرتهن يدّعي أنه وهبه أو باعه له وقبض ثمنه وفيه مصلحة للمرتهن أيضاً لأنه لو لم يشهد لربما يدعي الراهن أنه عارية أو غصب.

(٢) هذا إذا أطلق في ذلك فلو قدّرها وكان الرهن مشروطاً في بيع فإنه يصح لأنه جمع بين بيع وإجارة في صفقة وهو جائز وصورتها كما قال الزيادي: أن يقول بعتك عبدي بمائة مثلاً بشرط أن ترهنني بها دارك وأن تكون منفعتها لي سنة فبعض العبد مبيع وبعضه أجرة في مقابلة منفعة الدار.

(٣) لأن قضية العقد أن تكون منافع المرهون للراهن لأن التوثق إنما هو بالعين والمنافع للراهن وقد يقال هذه العلة موجودة في الثالثة أيضاً فكان اللائق أن يقول ولتغير قضية العقد في الأخيرتين ولجهالة الزوائد في الثالثة فتكون الثالثة معللة بعلتين والثانية بواحدة والتوثق هو التحفظ للدين لأن الرهن حفظ للدين أي صون له عن الضياع.

(٤) اعترض بأن الراهن هنا لم يتبرع بشيء بل فوائد العين المرهونة له والمرتهن دينه بحاله فلا تبرع هنا فكان الأولى التعبير بالرشد.

(٥) احترز بذلك عما لو اشترى متاعاً بمائة مؤجلة وهو يساوي مائة حالة فإن الغبطة في هذه الصورة موجودة لكنها لا تظهر لكل أحد. شيخنا العزيزي. وعبارة الشوبري أو غبطة ظاهرة سيأتي في =

وَلِلرَّاهِنِ الرُّجُوعُ فِيهِ مَا لَمْ يَقْبِضْهُ

يرهن على ما يقترض لحاجة المؤنة[١] ليوفي مما ينتظر من غلة أو حلول دين أو نحو ذلك كنفاق متاع كأسد، وأن يرتهن على ما يقرضه أو يبيعه مؤجلاً لضرورة نهب أو نحوه، ومثالهما للغبطة[٢]: أن يرهن ما يساوي مائة[٣] على ثمن ما اشتراه بمائة نسيئة وهو يساوي مائتين، وأن يرتهن على ثمن ما يبيعه نسيئة لغبطة.

ولا يلزم الرهن إلا بقبضه كما مر في البيع بإذن من الراهن أو إقباض منه: ممن يصح عقده للرهن. وللعاقد إنابة غيره فيه كالعقد، لا إنابة مقبض من راهن أو نائبه، لئلا يؤدي إلى اتحاد القابض والمقبض.

(وللراهن الرجوع فيه) أي المرهون (ما لم يقبضه) المرتهن أو نائبه. ويحصل الرجوع قبل قبضه: بتصرف يزيل ملكاً كهبة مقبوضة لزوال محل الرهن وبرهن مقبوض لتعلق حق الغير به وتقيدهما بالقبض هو ما جزم به الشيخان، وقضيته أن ذلك بدون قبض لا يكون رجوعاً، لكن نقل السبكي [٤] وغيره عن النص والأصحاب أنه رجوع وصوبه الأذرعي وهو المعتمد. ويحصل الرجوع أيضاً بكتابة وتدبير وإحبال، لأن مقصودها العتق وهو مناف للرهن. ولا يحصل بوطء وتزويج لعدم منافاتهما له، ولا بموت عاقد وجنونه وإغمائه، وتخمر عصير، وإباق رقيق. وليس لراهن مقبض رهن ولا وطء وإن كانت ممن لا تحبل، ولا تصرف يزيل ملكاً كوقف أو ينقصه كتزويج فلا ينفذ شيء من هذه التصرفات إلا إعتاق موسر وإيلاده ويغرم قيمته وقت

= الشركة أن الغبطة مال له وقع أي قدر لا يتسامح أي لا يتساهل به فانظر ما مفاد قوله ظاهرة، يجاب بأن معنى قوله ظاهرة أي متحققة للولي.

(١) أي حاجة شاقة ليلائم قوله إلا لضرورة الخ وبهذا اندفع ما يقال الحاجة أعمّ من الضرورة فإنها تشمل التفكه وثياب الزينة فكيف تفسر الضرورة بذلك.

(٢) إذا رهن فلا يرهن إلا من أمين آمن. عبارة العناني وإنما يجوز بيع ماله مؤجلاً لغبطة من أمين غني وبإشهاد وبأجل قصيرعرفاً، وكون المرهون وافياً بالثمن فإن فقد شرط بطل البيع.

(٣) قال ابن حجر: فلو امتنع البائع إلا برهن ما يزيد على المائة ترك الشراء خلافاً لجمع.

(٤) قال في شرح المنهج وهو الموافق لنظيره في الوصية اهـ أي فيما إذا قال أوصيت بهذا العبد لزيد ثم وهبه لعمرو فإن الوصية تبطل وإن لم يقبض العبد الموهوب.

وَلَا يَضْمَنُهُ الْمُرْتَهِنُ إِلَّا بِالتَّعَدِّي، وإِذَا قَضَى بَعْضَ الْحَقِّ لَمْ يَخْرُجْ شَيْءٌ مِنَ الرَّهْنِ حَتَّى يَقْضِيَ جَمِيعَهُ.

إعتاقه وإحباله، وتكون رهناً مكانه بغير عقد لقيامها مقامه، والولد الحاصل من وطء الراهن حر نسيب ولا يغرم قيمته، وإذا لم ينفذ العتق ـ والإيلاد لكونه معسراً فانفك الرهن ـ نفذ الإيلاد لا الإعتاق لأن الإعتاق قول فإذا رد لغا، والإيلاد فعل لا يمكن رده، فإذا زال الحق ثبت حكمه.

وللراهن انتفاع بالمرهون لا ينقصه كركوب وسكنى، لا بناء وغراس لأنهما ينقصان قيمة الأرض، ثم إن أمكن بلا استرداد المرهون انتفاع يريده الراهن منه له يسترد، وإلا فيسترده كأن يكون داراً يسكنها، ويشهد[1] عليه بالاسترداد إن اتهمه، وله بإذن المرتهن ما منعناه منه، وله رجوع عن الإذن قبل تصرف الراهن كما للموكل الرجوع قبل تصرف الوكيل، فإن تصرف بعد رجوعه لغا تصرفه كتصرف وكيل عزله موكله، وعلى الراهن المالك مؤونة المرهون كنفقة رقيق وعلف دابة وأجرة سقي شجر، ولا يمنع من مصلحة المرهون كفصد وحجامة، وهو أمانة بيد المرتهن.

القَوْلُ فِي (ضَمَانِ الْمَرْهُونِ)

(ولا يضمنه المرتهن) بمثل ولا قيمة إذا تلف (إلا بالتعدي) أي بالتفريط، فيضمنه حينئذ لخروج يده عن الأمانة، ولا يسقط بتلفه شيء من الدين، ويصدق المرتهن في دعوى التلف بيمينه، ولا يصدق في الرد عند الأكثرين وهو المعتمد.

ضابط: كل أمين ادعى الرد على من ائتمنه صدق بيمينه، إلا المرتهن والمستأجر.

(الْمَرْهُونُ مَحْبُوسٌ مَا بَقِيَ مِنَ الدَّيْنِ دِرْهَمٌ)

(وإذا قَضَى) بمعنى أدى الراهن (بعض الحق) أي الدين الذي تعلق به الرهن (لم يخرج) أي لم ينفك (شيء من الرهن حتى يقضى) أي يؤدى (جميعه) لتعلقه بكل جزء من الدين كرقبة المكاتب، وينفك أيضاً بفسخ المرتهن ولو بدون الراهن، لأن الحق

---

(١) أي المرتهن لأنه لا يصدق في الرد ولا يجب الإشهاد إلا في المرة الأولى على المعتمد.

. . . .

له، وبالبراءة من جميع الدين. ولو رهن نصف عبد[١] بدين ونصفه بآخر في صفقة أخرى فبرىء من أحدهما انفك قسطه لتعدد الصفقة بتعدد العقد، ولو رهناه بدين فبرىء أحدهما مما عليه انفك نصيبه لتعدد الصفقة بتعدد العاقد، ولو رهنه عند اثنين فبرىء من دين أحدهما انفك قسطه لتعدد مستحق الدين.

فروع[٢] ـ لو رهن شخص آخر عبدين في صفقة وسلم أحدهما له كان مرهوناً على جميع المال، كما لو سلمهما[٣] وتلف أحدهما، ولو مات الراهن عن ورثة ففدى أحدهم نصيبه لم ينفك كما في المورث ولو مات المرتهن عن ورثة فوفى أحدهم ما يحصه من الدين لم ينفك نصيبه كما لو وفى ورثة بعض دينه وإن خالف في ذلك ابن الرفعة.

القَوْلُ فِي (اخْتِلَافِ عَاقِدي الرَّهْنِ)

تتمة ـ لو اختلف الراهن والمرتهن في أصل الرهن أو في قدره صدق الراهن المالك بيمينه، لأن الأصل عدم ما يدعيه المرتهن، هذا إن كان رهن تبرع، أما الرهن المشروط في بيع، فإن اختلف في اشتراطه فيه أو اتفقا عليه واختلفا في شيء مما مر[٤]

---

(١) أشار بذلك إلى أن كلام المتن مفروض فيما إذا اتحدت الصفقة وفيما إذا كان الراهن واحداً والمرتهن واحداً فهو تقييد للمتن أو هذه الصور الثلاث مستثناة من كلام المتن وقد صرّح في متن المنهج بالاستثناء فقال وينفك بفسخ مرتهن وببراءة من الدين لا بعضه فلا ينفك شيء إلا إن تعدّد عقد أو مستحق أو مدين.

(٢) أي ثلاثة وهذه الفروع من معنى المتن وحاصلها أن ما أصله صفقة واحدة لا يصير صفقتين بتغير الحال في الدوام نظراً لأصله. والفرعان الأخيران داخلان في قول المصنف وإذا قضى بعض الحق الخ.

(٣) هذه نسخة ظاهرة وهناك نسخة سلمهماه فضمير المثنى راجع للعبدين والمفرد الذي بعده للمرتهن وهما ضميرا غيبة فكان الواجب الفصل في الثاني بأن يقول سلمهما إياه. ويجاب بأنه قد يجوز الوصل عند اتحاد الرتبة كما قال في الخلاصة:

وفي اتحاد الرتبة الزم فصلا   وقد يبيح الغيب فيه وصلا

(٤) لا يخفى أنه لم يبق بعد الأولى غير القدر فكان الأولى أن يقول واختلفا في القدر نعم هذا التعبير يناسب كلام المنهج لأنه قال اختلفا في رهن تبرع أو قدره أو عينه أو قدر مرهون به حلف راهن =

فصل

غير الأولى[١] فيتحالفان فيه كسائر صور البيع إذا اختلف فيها، ولو ادعى أنهما رهناه عبدهما بمائة وأقبضاه وصدقه أحدهما فنصيبه رهن بخمسين مؤاخذة له بإقراره وحلف المكذب لما مر وتقبل شهادة المصدق عليه لخلوها عن التهمة، ولو اختلفا في قبض المرهون وهو بيد راهن أو مرتهن، وقال الراهن: غصبته، أو أقبضته على جهة أخرى، كإعارة، صدق بيمينه. ومن عليه ألفان مثلاً بأحدهما رهن فأدى ألفاً وقال: أديته عن ألف الرهن، صدق بيمينه، لأنه أعلم بقصده وكيفية أدائه، وإن لم ينوِ شيئاً ـ جعله عما شاء منهما، ومن مات وعليه دين تعلق بتركته كمرهون[٢]، ولا يمنع التعلق إرثاً[٣]، فلا يتعلق الدين بزوائد التركة، وللوارث إمساكها بالأقل من قيمتها والدين. ولو تصرف الوارث ولا دين فطرأ دين بنحو رد مبيع بعيب تلفه ثمنه ولم يسقط الدين بأداء أو إبراء أو نحوه ـ فسخ التصرف، لأنه كان سائغاً له في الظاهر.

(فَصْلٌ) فِي الْحَجْرِ

وهو لغة: المنع. وشرعاً: المنع من التصرفات المالية.

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ [النساء: ٦] الآية وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الحَقُّ سَفِيهاً﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآية.

= فالشارح رحمه الله تعالى سرى عليه ذلك من شرح المنهج لا أن ذاك ذكر جملة مسائل كما عرفت.

(١) أما الأولى وهي اختلافهما في أصل الرهن بأن اتفقا على الاشتراط أو اختلفا في إيجاد الرهن والوفاء به بأن ادعاه المرتهن أي قال وفيت بالشرط وأنكره الراهن أي قال لم أعقد الرهن ولم أوف بالاشتراط ليأخذ الرهن من المرتهن بأن كان عنده غصباً أو إعارة فلا تخالف فيها بل القول قول الراهن وللمرتهن فسخ البيع إن لم يرهن المشروط رهنه.

(٢) لأن ذلك أحوط للميت وأقرب لبراءة ذمته فلا ينفذ تصرف الوارث في شيء منها غير إعتاقه وإيلاده إن كان موسراً كالمرهون سواء أعلم الوارث الدين أم لا لأن ما تعلق بالحقوق لا يختلف بذلك أي بالعلم والجهل.

(٣) بدليل نفوذ إعتاق الوارث الموسر وإيلاده وتقديم الدين في قوله تعالى ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ يمنع ذلك شرح المنهج. لأن الدين مقدم على قسمة التركة لا على الإرث.

وَالْحَجْرُ عَلَى سِتَّةٍ: الصَّبِيِّ، وَالْمَجْنُونِ، وَالسَّفِيهِ المُبَذِّرِ لِمَالِهِ، وَالْمُفْلِسِ الَّذِي ارْتَكَبَتْهُ الدُّيُونُ،

القَوْلُ فِي (أَنْوَاعِ الْحَجْرِ)

(والحجر) يضرب (على) جماعة ـ المذكورة منها هنا (ستة) والحجر نوعان: نوع شرع لمصلحة المحجور عليه، ونوع شرع لمصلحة الغير.

فالنوع الأول: الذي شرع لمصلحة نفسه ـ يضرب على ثلاثة فقط: الأول ـ الحجر على (الصبي) أي الصغير: ذكراً كان أو أنثى ولو مميزاً إلى بلوغه، فينفك بلا قاض، لأنه حجر ثبت بلا قاض، فلا يتوقف زواله على فك قاض، وعبر في المنهاج ككثير ـ ببلوغه رشيداً، قال الشيخان: وليس اختلافاً حقيقياً، بل من عبر بالثاني أراد الإطلاق الكلي، ومن عبر بالأول أراد حجر الصبا. وهذا أولى؛ لأن الصبا سبب مستقل بالحجر، وكذا التبذير، وأحكامها متغايرة (و) الثاني ـ الحجر على (المجنون) إلى إفاقته منه فينفك بلا فك قاض كما مر في الصبي (و) الثالث: الحجر على البالغ (السفيه المبذر لماله): كأن يرميه في بحر أو نحوه، أو يضيعه باحتمال غبن فاحش في معاملة، أو يصرفه في محرم، لا في خير كصدقة، ولا في نحو مطاعم وملابس وشراء إماء كثيرة للتمتع وإن لم تلق بحاله، لأن المال يتخذ لينتفع ويلتذ به، وقضيته أنه ليس بحرام، وهو كذلك؛ نعم إن صرفه في ذلك بطريق الاقتراض له، ولم يكن له ما يوفيه به فحرام.

(و) **النوع الثاني** ـ الذي شرع لمصلحة الغير ـ يضرب على (المفلس) وهو (الذي ارتكبته الديون) الحالة اللازمة، الزائدة على ماله إذا كانت لآدمي، فيحجر عليه وجوباً في ماله إن استقل، أو على وليه في مال موليه إن لم يستقل، بطلبه، أو بسؤال الغرماء ولو بنوابهم: كأوليائهم، فلا حجر بالمؤجل، لأنه لا يطالب به في الحال، وإذا حجر بحال لم يحل المؤجل، لأن الأجل مقصود له فلا يفوت عليه، ولو جن المديون لم يحل دينه، وما وقع في أصل الروضة من تصحيح الحلول به نسب فيه إلى السهو، ولا يحل إلا بالموت، أو الردة المتصلة بالموت أو استرقاق الحربي؛ كما نقله الرافعي عن النص، ولا بدين غير لازم: كنجوم كتابة لتمكن المديون من إسقاطه، ولا بدين مساو

وَالْمَرِيضِ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ. وَالْعَبْدِ الَّذِي لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي التِّجَارَةِ.
وَتَصَرُّفُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ والسَّفِيهِ غَيْرُ صَحِيحٍ،

لما له أو ناقص، عنه، ولا بدين الله تعالى وإن كان فورياً، كما قاله الإسنوي، خلافاً لما بحثه بعض المتأخرين، والمراد بماله ـ ماله العيني أو الديني الذي يتيسر الأداء منه، بخلاف المنافع، والمغصوب والغائب ونحوهما، ويباع في الديون بعد الحجر عليه ـ مسكنه وخادمه ومركوبه، وإن احتاج إلى خادم أو مركوب لزمانته، أو منصبه، لأن تحصيلها بالكراء أسهل فإن تعذرا فعلى المسلمين، ويترك له دست ثوب يليق به وهو قميص وسراويل ومنديل ومكعب، ويزاد في الشتاء جبة أو فروة، ولا يجب عليه أن يؤجر نفسه لتقية الدين، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] وإذا ادعى المديون أنه معسر أو قسم ماله بين غرمائه، وزعم أنه لا يملك غيره، وأنكروا ما زعمه: فإن لزمه الدين في مقابلة مال كشراء أو قرض ـ فعليه البينة بإعساره في الصورة الأولى، وبأنه لا يملك غيره في الثانية، وإن لزمه لا في مقابلة مال سواء أكان باختياره كضمان وصداق، أم بغير اختياره كأرش جناية صدق بيمينه.

(و) يضرب على (المريض) المخوف عليه بما ستعرفه إن شاء الله تعالى في الوصية (فيما زاد على الثلث) لحق الورثة حيث لا دين، وفي الجميع إن كان عليه دين مستغرق.

(و) يضرب على (العبد الذي لم يؤذن له في التجارة) لحق سيده وعلى المكاتب لحق سيده، ولله تعالى.

زاد الشيخان في هذا النوع: وعلى الراهن في العين المرهونة لحق المرتهن، وعلى المرتد لحق المسلمين، وأورد عليهما في المهمات ثلاثين نوعاً فيها الحجر لحق الغير، وسبقه إلى بعضها شيخه السبكي، فمن أراد فليراجع ذلك في المهمات، وقليل من صار له همة لذلك.

(وتصرف) كل من (الصبي والمجنون والسفيه) في ماله (غير صحيح) أما الصبي فإنه مسلوب العبارة والولاية إلا ما استثني: من عبادة مميزة، وإذن في دخول، وإيصال

. . . .

هدية من مميز مأذون. وأما المجنون فمسلوب العبارة: من عبادة وغيرها، والولاية من ولاية النكاح وغيرها، وأما السفيه فمسلوب العبارة في التصرف المالي كبيع ولو بغبطة أو بإذن الولي، ويصح إقراره بموجب عقوبة كحد وقود وتصح عبادته: بدنية كانت أو مالية واجبة، لكن لا يدفع المال من زكاة وغيرها بلا إذن من وليه. ولا تعيين منه للمدفوع إليه لأنه تصرف مالي أما المالية المندوبة كصدقة التطوع فلا تصح منه، فإن زال المانع بالبلوغ والإفاقة والرشد صح التصرف من حينئذ، والبلوغ يحصل إما بكمال خمس عشرة سنة قمرية تحديدية، وابتداؤها من انفصال جميع الولد أو بإمناء، لآية: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ﴾ [النور: ٥٩] والحلم: الاحتلام، وهو لغة: ما يراه النائم، والمراد به هنا خروج المني في نوم أو يقظة بجماع أو غيره، ووقت إمكان الإمناء ـ كمال تسع سنين قمرية بالاستقراء، وهي تحديدية بخلاف الحيض فإن السنين فيه تقريبية، أو حيض في حق أنثى بالإجماع، وأما حبلها فعلامة على بلوغها بالإمناء فليس بلوغاً لأنه مسبوق بالإنزال فيحكم بعد الوضع بالبلوغ قبله بستة أشهر وشيء، والرشد يحصل ابتداء بصلاح دين ومال حتى من كافر؛ كما فسر به آية: ﴿فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦] بأن لا يفعل في الأول محرماً يبطل العدالة: من كبيرة أو إصرار على صغيرة، ولم تغلب طاعته على معاصيه، ويختبر رشد الصبي في الدين والمال؛ ليعرف رشده قبل بلوغه لآية: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ﴾ [النساء: ٦] واليتيم إنما يقع على غير البالغ ـ فوق مرة بحيث يظن رشده، فلا تكفي المرة، لأنه قد يصيب فيها اتفاقاً، أما في الدين ـ فمشاهدة حاله في العبادات: بقيامه بالواجبات واجتنابه المحظورات والشبهات، وأما في المال فيختلف بمراتب الناس، فيختبر ولد تاجر بمشاحة في معاملة، ويسلم له المال ليشاحح لا ليعقد، ثم إن أريد العقد عقد وليه، ويختبر ولد زارع بزراعة ونفقة عليها: بأن ينفق على القوام بمصالح الزرع، والمرأة بأمر غزل وصون نحو أطعمة من نحو هرة، فلو فسق بعد بلوغه رشيداً فلا حجر عليه، أو بذر بعد ذلك حجر عليه القاضي، لا غيره، وهو وليه، أو جن بعد ذلك فوليه ـ وليه في الصغر. وولي الصغير: أب فأبوه وإن علا كولي النكاح، فوصي، فقاض. ويتصرف بمصلحة ولو كان تصرفه بأجل بحسب العرف، وبعرض وأخذ شفعة، ويشهد

وَتَصَرُّفُ الْمُفْلِسِ يَصِحُّ فِي ذِمَّتِهِ، دُونَ أَعْيَانِ مَالِهِ.

حتماً في بيعه لأجل، ويرتهن بالثمن رهناً وافياً، ويبني عقاره بطين وآجر، ولا يبيعه إلا لحاجة كنفقة أو غبطة بأنْ يرغب فيه بأكثر من ثمن وهو يجد مثله ببعض ذلك الثمن أو خيراً منه بكله، ويزكي ماله، ويمونه بالمعروف، فإن ادعى بعد كماله بيعاً بلا مصلحة على وصي أو أمين حلف المدعي أو ادعى ذلك على أب أو أبيه حلفا لأنهما غير متهمين بخلاف الوصي والأمين، أما القاضي فيقبل[١] قوله بلا تحليف.

(وتصرف المفلس) بعد ضرب الحجر عليه في ماله (يصح) فيما يثبته (في ذمته): كأن باع سلماً طعاماً أو غيره، أو اشترى شيئاً بثمن في ذمته، أو باع فيها لا بلفظ الثمن[٢] أو اقترض أو استأجر ـ صح ـ وثبت المبيع والثمن ونحوهما في ذمته؛ إذ لا ضرر على الغرماء فيه (دون) تصرفه في شيء من (أعيان ماله) المفوت في الحياة بالإنشاء مبتدأ: كأن باع أو اشترى بالعين أو أعتق أو أجر أو وقف، فلا يصح لتعلق حق الغرماء به كالمرهون، ولأنه محجور عليه بحكم الحاكم، فلا يصح تصرفه على مراغمة مقصود الحجر كالسفيه، وخرج بقيد الحياة ما يتعلق بما بعد الموت وهو التدبير والوصية فيصح منه. وبقيد الإنشاء الإقرار، فلو أقر بعين أو دين[٣] وجب قبل الحجر ـ قبل في حق الغرماء، وإن أسند وجوبه إلى ما بعد الحجر بمعاملة، أو لم يقيده بمعاملة ولا غيرها ـ لم يقبل في حقهم، وإن قال في جناية بعد الحجر ـ قبل فيزاحمهم المجني عليه لعدم تقصيره، وبقيد مبتدأ رد ما كان اشتراه قبل الحجر ثم اطلع على عيب فيه بعد الحجر إن كانت الغبطة في الرد، ويصح نكاحه وطلاقه وخلعه زوجته، واستيفاؤه القصاص وإسقاطه القصاص ولو مجاناً، إذ لا يتعلق بهذه الأشياء مال، ويصح استلحاقه النسب[٤] ونفيه باللعان.

---

(١) ضعيف والمعتمد أنه كالوصي أي فيقبل قول الصبي بيمينه.

(٢) في ط السلم.

(٣) هذه زائدة علىْ محترز القيود لأن الكلام في الأعيان.

(٤) أما استيلاده فالمعتمد عدم نفوذه خلافاً للغزالي ومن تبعه لأن حجر الفلس امتاز عن حجر المرض بكونه يتصرف في مرض موته في ثلث ماله وعن حجر السفه بكونه لحق الغير اهـ م ر وينفق على المستلحق من بيت المال لا من أعيان مال مستلحقه. وانظر هل يكون ذلك مجاناً أو قرضاً، =

وَتَصَرُّفُ الْمَرِيضِ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ مِنْ بَعْدِهِ، وَتَصَرُّفُ الْعَبْدِ يَكُونُ فِي ذِمَّتِهِ يُتْبَع بِهِ بَعْدَ عَتْقِهِ.

(وتصرف المريض) المتصل مرضه بالموت (فيما زاد على الثلث) من ماله (موقوف) تنفيذه (على إجازة) جميع (الورثة) بالقيود الآتي بيانها في الوصية (من بعده) أي بعد موته، لا قبله، ولو حذف لفظة من لكان أخصر.

(وتصرف العبد) أي الرقيق، قال ابن حزم: لفظ العبد يشمل الأمة فكأنه قال: الرقيق الذي يصح تصرفه لنفسه لو كان حراً ينقسم إلى ثلاثة أقسام: ما لا ينفذ وإن أذن فيه السيد: كالولايات[1] والشهادات، وما ينفذ بغير إذنه: كالعبادات والطلاق، وما يتوقف على إذن كالبيع والإجارة، فإن لم يؤذن له بالتجارة لم يصح شراؤه بغير إذن سيده، لأنه محجور عليه لحق سيده، كما مر؛ فيسترده البائع: سواء أكان في يد العبد أم في يد سيده. فإن تلف في يد العبد فإنه (يكون في ذمته يتبع به بعد عتقه) لثبوته برضا مالكه ولم يأذن فيه السيد، والضابط[2] فيما يتلفه العبد أو يتلف تحت يده: إن لزم بغير رضا مستحقه كإتلاف أو تلف بغصب ـ تعلق الضمان برقبته ولا يتعلق بذمته، وإن لزم برضا مستحقة كما في المعاملات: فإن كان بغير إذن السيد تعلق بذمته: يتبع به بعد عتقه، سواء رآه السيد في يد العبد أم لا، أو بإذنه تعلق بذمته: وكسبه ومال

= الأقرب الثاني إن تبين المستلحق مال قبل الاستلحاق أو بعده وقبل الإنفاق عليه من بيت المال فيرجع عليه، لأنه إنما أنفق عليه لعدم مال له. أما لو طرأ له مال بعد أو صار المستلحق رشيداً فلا يرجع عليه بما أنفق عليه كالإنفاق على الفقير من بيت المال إذا طرأ له مال وإنما لم ينفق عليه من مال المستحلق لأن إقراره المؤدي إلى تفويت المال عليه لغو فقبل لثبوت النسب لأنه بمجرد ثبوت النسب لا يفوت عليه مال: وألغي فيما يتعلق بالمال حذراً من التفويت للمال.

(١) أي أثر الولايات أي ما ينشأ عنها من تزويج والحكم مثلاً وإلا فالولايات أنفسها لا تتصف بكونها تصرفاً بل هي معنى قائم بالشخص.

(٢) وهو أحد الأقسام السابقة وتحته ثلاثة أنواع ولا يحتاج إلى قبول إذن سيده ونظم بعضهم ذلك فقال:

يضمن عبداً تالفاً في ذمته	إن رضي المالك دون سادته
وإن يكن بلا رضا من استحق	فليس إلا بالرقيبة اعتلق
وبرضا المالك مع سيده	علق بذمة وما في يده

فَصْـلٌ

تجارته، وإن تلف في يد السيد كان للبائع تضمين السيد لوضع يده عليه، وله مطالبة العبد أيضاً بعد العتق لتعلقه بذمته، لا قبله لأنه معسر، وإن أذن له سيده في التجارة تصرف بالإجماع بحسب الإذن، لأنه تصرف، مستفاد من الإذن فاقتصر على المأذون فيه، فإن أذن له في نوع ـ لم يتجاوزه كالوكيل، وليس له بالإذن في التجارة ـ النكاح، ولا يؤجر نفسه ولا يتبرع، لأنه ليس من أهل التبرع، ولا يعامل سيده ولا رقيقه المأذون له في التجارة ببيع وشراء وغيرهما، لأن تصرفه للسيد، ويد رقيق السيد كالسيد بخلاف المكاتب، ولا يتمكن من عزل نفسه، ولا يصير مأذوناً له بسكوت سيده، ويقبل إقراره بديون المعاملة. ومن عرف رق شخص ـ لم يجز له معاملته حتى الإذن له: بسماع سيده أو ببينة[1] أو شيوع بين الناس. ولا يكفي قول العبد: أنا مأذون لي لأنه متهم، ولا يملك العبد بتمليك العبد سيده ولا بتمليك غيره؛ لأنه ليس أهلاً للملك لأنه مملوك فأشبه البهيمة.

(فَصْـلٌ) فِي الصُّلْحِ[2] وَمَا يُذْكَرُ مِنْ إِشْرَاعِ الرَّوْشَنِ فِي الطَّرِيقِ

والصلح لغة: قطع النزاع. وشرعاً: عقد يحصل به ذلك وهو أنواع صلح بين المسلمين والكفار، وبين الإمام والبغاة، وبين الزوجين عند الشقاق، وصلح في المعاملات، وهو المراد هنا.

---

(١) لو عدلا واحداً ولا يبطل الإذن بجنون أحدهما أو إغمائه خلافاً للعبادي ولا بإباق العبد وله التصرف فيما أبقى إليه.
تتمة: أفتى السبكي بجواز بيع مال اليتيم لنفقته بنهاية ما دفع فيه وإن رخص لضرورة اهـ حج.
أقول وقد يقال فيه وقفة بل يجب على القاضي الاقتراض أو الارتهان إلا أن يقال هو مصوّر بما إذا تعذر عليه ذلك أخذاً من قوله لضرورة أو يقال حيث انتهت الرغبات فيه بقدر كان ثمن مثله والرخص لا ينافيه لأن الثمن قد يكون غالياً وقد يكون رخيصاً.

(٢) ذكره بعد الحجر ليس فيه كبير مناسبة فكان المناسب تأخيره عما في الكتاب كله لأنه يجري في غالبها فيكون بيعاً وسلماً وهبة وإجارة وهو رخصة على المعتمد لأن الرخصة هي الحكم المتغير إليه السهل لعذر مع قيام السبب للحكم الأصلي ولا يشترط لتسميته رخصة التغيير بالفعل بل ورود الحكم على خلاف ما تقتضيه الأصول العامة كاف في كونه رخصة وقال بعضهم ذكره عقب الحجر لأن غالب وقوعه بعد حجر الفلس.

وَيَصِحُّ الصُّلْحُ مَعَ الإِقْرَارِ، فِي الأَمْوَالِ،

والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨] وخبر الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً.

ولفظه يتعدى للمتروك بمن وعن، وللمأخوذ بعلى والباء غالباً.

وهو قسمان: صلح على إقرار، وصلح إنكار:

وقد بدأ بالقسم الأول فقال: (ويصح الصلح مع الإقرار، في الأموال) الثابتة في الذمة: فلا يصح على غير إقرار: من إنكار أو سكوت كما قاله في المطلب عن سليم الرازي وغيره: كان ادعى عليه داراً فأنكر أو سكت، ثم تصالحا عليها أو على بعضها أو على غير ذلك: كثوب أو دين، لأنه في الصلح على غير المدعى به ـ صلح محرم للحلال إن كان المدعي صادقاً لتحريم المدعى به أو بعضه عليه أو محلل للحرام إن كان المدعي كاذباً بأخذه ما لا يستحقه، ويلحق بذلك[١] الصلح على المدعى به أو بعضه، فقول المنهاج: «إن جرى على نفس المدعى به» صحيح، وإن لم يكن في المحرر ولا غيره من كتب الشيخين، والقول بأنه لا يستقيم[٢] لأن على[٣] والباء يدخلان على المأخوذ، ومن وعن على المتروك ـ مردود بأن ذلك جرى على الغالب كما مرت الإشارة إليه، وبأن المدعي المذكور مأخوذ ومتروك باعتبارين، غايته أن إلغاء الصلح في ذلك للإنكار ولفساد الصيغة باتحاد العوضين، وقوله: «صالحني عما تدعيه» ليس إقراراً لأنه قد يريد به قطع الخصومة.

---

(١) أي بالصلح على غير المدعى به الصلح على نفس المدعى به أو على بعضه في البطلان وإن كان لا يجري فيه التعليل المذكور أي قوله لأنه في الصلح الخ وإنما قال يلحق لأنه إن كان معنى الصلح على المدعي به أنه يتركه للمنكر فليس فيه إلا تحريم الحلال إن كان صادقاً دون تحليل الحرام إن كان كاذباً لكون المدعي لم يأخذ شيئاً والحالة هذه. وإن كان معنى الصلح على المدعى به أنه يأخذه من المنكر فليس فيه إلا تحليل الحرام لأخذه ما لا يستحقه إن كان كاذباً.

(٢) قائله الإسنوي ووجه عدم استقامته أن العين المدعاة إما متروكة وإما مأخوذة فإن كانت متروكة ورد عليه دخول على وإن كانت مأخوذه ورد عليه دخول من وعن.

(٣) أي وليس هنا متروك ومأخوذ لأن العين واضعة. وهذا توجيه للاعتراض أي أن وضع الصلح أن يكون معنا شيئان: أحدهما متروك تدخل عليه من. الثاني مأخوذ تدخل عليه على وليس هنا إلا شيء واحد دخلت عليه من وعلى.

. . . .

ويستثنى[١] من بطلان الصلح على الإنكار مسائل: منها اصطلاح الورثة فيما وقف بينهم[٢] إذا لم يبذل أحدهم عوضاً من خالص ملكه، ومنها ما إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ومات قبل الاختيار، أو طلق إحدى زوجتيه[٣] ومات قبل البيان[٤] أو التعيين ووقف الميراث بينهن فاصطلحن، ومنها ما لو تداعيا وديعة عند رجل فقال: لا أعلم لأيكما هي[٥] أو داراً في يدهما وأقام كل بينة ثم اصطلحا.

وإذا تصالحا ثم اختلفا في أنهما تصالحا على إقرار أو إنكار ـ فالذي نص عليه

---

(٤) الاستثناء في هذه الصور غير مستقيم إذ هو من الصلح مع الجهل لا مع الإنكار كأن مات عن ابن وخنثى فأخذ الابن النصف والخنثى الثلث واصطلحا على السدس الباقي اللهم إلا أن يقال لما لم يعلم ما لكل نزل منزلة الإنكار تدبر.

(٢) كأن مات شخص عن جد وأخ وشقيق وأخ لأب مفقود فإن الجدّ يأخذ اثنين من ستة لأن له الثلث والأخ الشقيق يأخذ ثلاثة ويوقف الواحد إن تبين موت المفقود أخذه الجد وإلا أخذه الشقيق فإن لم يظهر شيء اصطلح الشقيق مع الجدّ. وفي جعلها من ستة نظر وكذا في إعطاء الأخ ثلاثة والجدّ اثنين نظر والصواب جعلها من ثلاثة بعدد الرؤوس فيعطي الجدّ واحداً والشقيق واحداً ويوقف واحد بين الجد والأخ الشقيق إن لم يظهر موت الأخ للأب ولا حياته فالأولى تمثيل المدابغي بابن وخنثى مات عنهما فيعطي الابن ثلاثة والخنثى اثنين ويوقف واحد للاتضاح أو الصلح فإذا اصطلحا على أن يأخذ الابن الواضح نصف القيراط أي الموقوف أو ثلثيه مثلاً والباقي للخنثى صح الصلح. وإنما جعلت من ستة لأن مسألة الذكورة من اثنين ومسألة الأنوثة من ثلاثة والجامعة لهما ستة من ضرب اثنين في ثلاثة وقرّر العشماوي ما نصه قوله فيما وقف بينهم أي فيما إذا كان هناك خنثى مثلاً كأن مات عن ابنين وخنثى فمسألة الذكورة من ثلاثة ومسألة الأنوثة من خمسة والجامعة خمسة عشر فيعطي كل ابن خمسة ويعطي الخنثى ثلاثة لأنها خمس الخمسة عشر وكان له خمس الخمسة في الأولى بتقدير الأنوثة ويوقف اثنان للاتضاح أو الصلح فإذا اصطلحوا صح اصطلاحهم بتساو أو تفاوت مع أنه لا إقرار.

(٣) أي طلاقاً بائناً لأنها لا ترث فاحتيج إلى الصلح. أما الرجعية فإنها ترث فلا حاجة.

(٤) أي إن كانت المطلقة معينة عنده في قصده لكن لم يبينها قبل موته. وقوله أو التعيين إن كانت مبهمة عنده لكن لم يعينها قبل موته.

(٥) بأن أودع شخصان عند آخر وديعتين فضاعت إحداهما من غير تقصير ولم يعلم لأيهما هي وادعى كل من المودعين أن الباقية له فإنهما يصطلحان على التفاضل أو التساوي لا على اختصاص أحدهما بها وبذل شيء منه للآخر.

وَمَا يُفْضِي إِلَيْهَا. وَهُوَ نَوْعَانِ: إِبْرَاءٌ

الشافعي ـ رضي الله تعالى عنه ـ أن القول قول مدعي الإنكار[١]، لأن الأصل أن لا عقد، ولو أقيمت عليه بينة بعد الإنكار جاز الصلح كما قاله الماوردي لأن لزوم الحق بالبينة كلزومه بالإقرار، ولو أقر ثم أنكر جاز الصلح، ولو أنكر فصولح ثم أقر كان الصلح باطلاً قاله الماوردي.

(و) يصح الصلح في كل (ما يفضي) أي يؤول (إليها) أي الأموال كالعفو عن القصاص، كمن ثبت له على شخص قصاصه فصالحه عليه على مال بلفظ الصلح؛ كصالحتك من كذا على ما تستحقه علي من قصاص فإنه يصح أو بلفظ البيع فلا.

[القَوْلُ فِي أَنْوَاعِ الصُّلْحِ]

(وهو) أي الصلح ضربان: صلح عن دين، وصلح عن عين: وكل منهما (نوعان)[٢] فالأول من نوعي الدين ـ وعليه اقتصر المصنف ـ (إبراء) وسيأتي في كلامه، والثاني من نوعي الدين ـ وتركه المصنف[٣] اختصاراً ـ معاوضة، وهو الجاري على غير العين[٤] المدعاة، فإن صالح عن بعض أموال الربا على ما يوافقه في العلة اشترط قبض العوض في المجلس، ولا يشترط تعيينه في نفس الصلح على الأصح،

---

(١) هذه المسألة خرجت عن قاعدة أن القول قول مدعي الصحة فيما لو اختلفا وأحدهما يدعي الصحة والآخر يدعي الفساد.

(٢) وكل منهما نوعان فذكر في الدين الإبراء وترك المعاوضة لكونه ذكرها في العين وذكر في العين المعاوضة وترك صلح الحطيطة لكونه ذكر نظيره في صلح الدين فيكون في كلام المتن شبه احتباك.

(٣) فيه نظر فإن قوله الآتي: والمعاوضة الخ شامل للعين والدين.

(٤) في هذا التعبير نظر فإن فرض الكلام في الصلح عن الدين فكان المناسب أن يقال على غير ذلك الدين تأمل. وأجيب بأن المراد بالعين في كلامه المعين فهو واقع في كلامه وصف لموصوف محذوف تقديره على غير الدين المعين ووصفه بالمدّعاة نظراً للفظ العين لا لمعناها. وهذا وإن كان بعيداً أولى من الاعتراض فقد قال بعضهم: كان الأولى حذفه لأن الكلام في الدين لا العين وكان يقول على غير الدين المدعى.

وَمُعَاوَضَةٌ.

فَالإِبْرَاءُ: اقْتِصَارُهُ مِنْ حَقِّهِ عَلَى بَعْضِهِ،

وإن لم يكن العوضان ربويين فإن كان العوض عيناً[1] صح الصلح وإن لم يقبض في المجلس، وإن كان ديناً صح على الأصح، ويشترط تعيينه في المجلس. والنوع الأول من نوعي العين ـ وتركه المصنف اختصاراً ـ صلح الحطيطة، وهو الجاري على بعض العين المدعاة كمن صالح من دار على بعضها أو من ثوبين على أحدهما، وهذا هبة لبعض العين المدعاة لمن هو في يده، فيشترط لصحته القبول، ومضي مدة إمكان القبض[2]، ويصح في البعض المتروك بلفظ الهبة والتمليك وشبههما، وكذا بلفظ الصلح على الأصح كصالحتك من الدار على ربعها، ولا يصح بلفظ البيع لعدم الثمن (و) الثاني من نوعي العين ـ وعليه اقتصر المصنف ـ (معاوضة) وسيأتي في كلامه.

القَوْلُ فِي (صُلْحِ الإِبْرَاءِ)

(فالإبراء) الذي هو النوع الأول من نوعي الدين (اقتصاره من حقه) من الدين المدعى به (على بعضه) ويسمى صلح الحطيطة، ويصح بلفظ الإبراء والحط ونحوهما كالوضع والإسقاط؛ لما في الصحيحين: «أَنَّ كَعْبَ بْنَ مَالِكٍ طَلَبَ مِنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي حَدْرَد (رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا) دَيْناً لَهُ عَلَيْهِ، فَارْتَفَعَتْ أَصْوَاتُهُمَا فِي الْمَسْجِدِ حَتَّى سَمِعَهُمَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَخَرَجَ إِلَيْهِمَا وَنَادَى: يَا كَعْبُ، فَقَالَ: لَبَّيْكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَأَشَارَ بِيَدِهِ أَنْ ضَعِ الشَّطْرَ، فَقَالَ: قَدْ فَعَلْتُ، فَقَالَ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ

---

(١) أي معيناً في العقد كأن صالحه عن الألف الذي له عليه بهذا العبد كما لو باع ثوباً بدراهم في الذمة لا يشترط قبض الثوب في المجلس.

فرع: ادعى عليه بعشرة دنانير وأقر له بها فصالحه منها على خمسة دنانير ومائتي نصف فضة صح ولا يقال هذا من قاعدة مد عجوة. لأنا نقول تلك مفروضة في بيع الأعيان أما إذا كان في الذمة فإنه يصح كما هنا.

(٢) هذا في الحقيقة شرط للزوم الهبة لأن ملك الهبة يتوقف على القبض لا لأصل صحة العقد ففي كلام الشارح تساهل والأوجه إسقاطه لأنه ليس شرطاً للصحة ولا لدوامها ق ل بل شرط للزوم ولا بد من الإذن في القبض أيضاً.

وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيقُهُ عَلَى شَرْطٍ، وَالْمُعَاوَضَةُ: عُدُولُهُ عَنْ حَقِّهِ إِلَى غَيْرِهِ، وَيَجْرِي عَلَيْهِ حُكْمُ الْبَيْعِ.

وَسَلَّمَ ـ: قُمْ فَاقْضِهِ» وإذا جرى ذلك بصيغة الإبراء كأبرأتك من خمسمائة من الألف الذي لي عليك، أو نحوها مما تقدم كوضعتها أو أسقطتها عنك لا يشترط القبول على المذهب، سواء أقلنا الإبراء إسقاط أم تمليك، وكونه إسقاطاً وتمليكاً ـ اختلاف ترجيح أوضحته في شرح المنهاج وغيره، ويصح بلفظ الصلح في الأصح كصالحتك عن الألف الذي لي عليك على خمسمائة، وهل يشترط القبول في هذه الحالة؟ فيه خلاف مدركه[1] مراعاة اللفظ أو المعنى، والأصح ما دل عليه كلام الشيخين هنا اشتراطه، ولا يصح هنا الصلح بلفظ البيع كنظيره في الصلح عن العين (ولا يجوز) أي: ولا يصح (تعليقه) أي: تعليق الصلح بمعنى الإبراء[2] (على شرط) كقوله: إذا جاء رأس الشهر فقد صالحتك.

القَوْلُ فِي (صُلْحِ الْمُعَاوَضَةِ)

(والمعاوضة) الذي هو النوع الثاني من نوعي العين (عدوله عن حقه) المدعى به (إلى غيره) كأن ادعى عليه داراً أو شقصاً منها فأقر له بذلك وصالحه منه على ثوب أو نحو ذلك كعبد صح (ويجري عليه) أي على هذا الصلح (حكم البيع): من الرد بعيب، وثبوت الشفعة، ومنع تصرفه في المصالح عليه قبل قبضه، وفساده بالغرر والجهالة والشروط الفاسدة، إلى غير ذلك، سواء أعقد بلفظ الصلح أم بغيره، لأن حد البيع يصدق على ذلك ولو صالح من العين على دين: فإن كان ذهباً أو فضة فهو بيع أيضاً[3]، وإن كان عبداً أو ثوباً مثلاً موصوفاً بصفة السلم ـ فهو سلم تثبت فيه أحكامه.

---

(١) بضم الميم أي موضع إدراكه والفقهاء يقولون مدركة بفتح الميم وليس لتخريجه وجه لأنه من أدرك إدراكاً وقد نص الأئمة على طرد الباب فيقال مفعل بضم الميم من أفعل واستثنيت كلمات مسموعة خرجت عن القياس ولم يذكروا منها المدرك فالوجه الأخذ بالأصول القياسية حتى يصح سماع غيرها.

(٢) لو أسقطه لكان أولى وأعم لأنه يجري في جميع أنواع الصلح وقد يقال إنما قيد به لأن كلامه فيه. وأما صلح المعاوضة فسيذكر أو أن صلح المعاوضة علم أنه لا يجوز تعليقه لأنه في بعض أحواله يكون بيعاً فله حكمه.

(٣) ما المانع من أن يكون سلماً بأن تكون العين رأس مال السلم والذهب أو الفضة هو المسلم فيه. وأجيب بأن المراد بالعين في قوله ولو صالح من العين الخ بالنظر لقوله فهو بيع أحد النقدين لأنه =

وإن صالح من العين المدعاة على منفعته لغير العين المدعاة كخدمة عبد مدة معلومة ـ فإجارة، تثبت أحكام الإجارة في ذلك، لأن حد الإجارة صادق عليه، فإن صالح على منفعة العين ـ فهو عارية تثبت أحكام العارية فيها، فإن عين مدة فإعارة مؤقتة وإلا فمطلقة، ولو قال: «صالحني عن دارك مثلاً بكذا» من غير سبق خصومة فأجابه فالأصح بطلانه، لأن لفظ الصلح يستدعي سبق الخصومة، سواء أكانت عند حاكم أم لا.

تنبيه ـ قد علم مما تقرر أن أقسام الصلح سبعة: البيع[١]، والإجارة، والعارية، والهبة، والسلم[٢]، والإبراء، والمعاوضة من دم العمد، وبقي منها أشياء أخر: منها الخلع ـ كصالحتك من كذا على أن تطلقني طلقة، ومنها الجعالة: كصالحتك من كذا على رد عبدي، ومنها الفداء كقوله لحربي: صالحتك من كذا على إطلاق هذا الأسير، ومنها الفسخ: كأن صالح من المسلم فيه على رأس المال[٣].

تتمة ـ لو صالح من دين حال على مؤجل مثله أو صالح من مؤجل على حال مثله لغا الصلح[٤]، لأنه وعد في الأولى من الدائن بإلحاق الأجل، وصفة الحلول لا يصح إلحاقها، وفي الثانية وعد من المديون بإسقاطه الأجل وهو لا يسقط، فلو صالح من عشرة حالة على خمسة مؤجلة برىء من خمسة وبقي خمسة حالة، لأنه سامح بحط

= لا يصح السلم فيهما بالآخر والمراد بها بالنظر لقوله فهو سلم ما يعم النقد وغيره فقوله فهو سلم أي ويصح أن يكون بيعاً إذا لم يذكر لفظ السلم عبارة المدابغي قوله فهو بيع أيضاً فيجري فيه ما تقدم واشتراط التقابض والتساوي إن كان جنساً ربوياً كما مثل به واشتراط القطع في بيع الزرع الأخضر وجريان التحالف عند الاختلاف.

(١) كصالحتك من الدار على هذا الثوب أو من الألف الذي عليك على هذه الدراهم.

(٢) بأن تجعل العين المدعى بها رأس مال سلم بلفظ السلم والمعاوضة عن دم العمدكقوله: صالحتك من كذا على ما أستحقه عليك من القود. وهذا التمثيل على خلاف القاعدة من أن من أدخلت على المأخود وعلى على المتروك.

(٣) قال في المهمات وهو صحيح ماش على القواعد كما قال الأصحاب إن بيع المبيع قبل القبض للبائع بمثل الثمن الأول إقالة بلفظ البيع.

(٤) صح تعجيل للمؤجل لا إن ظن صحة الصلح فلا يصح التعجيل فيسترد ما دفعه.

وَيَجُوزُ لِلإِنْسَانِ أَنْ يُشْرِعَ رَوْشَناً فِي طَرِيقٍ نَافِذٍ بِحَيْثُ لاَ يَتَضَرَّرُ المَارُّ بِهِ؛

البعض، ووعد بتأجيل الباقي والوعد لا يلزم والحط صحيح، ولو عكس بأن صالح من عشرة مؤجلة على خمسة حالة ـ لغا الصلح، لأن صفة الحلول لا يصح إلحاقها، والخمسة الأخرى، إنما تركها في مقابلة ذلك، فإذا لم يحصل الحلول لا يصح الترك.

القَوْلُ فِي (الرَّوْشَنِ وَحُكْمِهِ)

(ويجوز للإنسان[1] أن يشرع) بضم أوله وإسكان ثانيه ـ أي يخرج (روشناً) أي جُناحاً وهو الخارج من نحو الخشب، وساباطاً وهو السقيفة على حائطين والطريق بينهما (في طريق نافذ) ويعبر عنه بالشارع، وقيل: بينه وبين الطريق اجتماع وافتراق، لأنه يختص بالبنيان ولا يكون إلا نافذاً، والطريق يكون ببنيان أو صحراء نافذاً أو غير نافذ، ويذكر ويؤنث (بحيث لا يضر) كل من الجناح والساباط (المارة) في مرورهم فيه، فيشترط ارتفاع كل منهما بحيث يمر تحته الماشي منتصباً من غير احتياج إلى أن يطأطىء رأسه، لأن ما يمنع ذلك إضرار حقيقي، ويشترط ـ مع هذا ـ أن يكون على رأسه الحمولة الغالبة كما قال الماوردي، وإن كان ممر الفرسان والقوافل ـ فيرفع ذلك بحيث يمر تحته المحمل على البعير مع أخشاب المظلة، لأن ذلك قد يتفق وإن كان نادراً. والأصل في جواز ذلك أنه ﷺ: «نَصَبَ بِيَدِهِ الشَّرِيفَةِ مِيزَاباً فِي دَارِ عَمِّهِ العَبَّاسِ» رواه الإمام أحمد والبيهقي، وقال[2]: إن الميزاب كان شارعاً لمسجده ﷺ فإن فعل ما

---

(١) أي بشروط ثلاثة أن يكون المخرج مسلماً وأن لا يضر المارة وأن لا يظلم الموضع إظلاماً مخالفاً للعادة ويضر ضرراً لا يحتمل عادة كعجن طين إذا بقي مقدار المرور للناس وإلقاء الحجارة فيه للعمارة إذا تركت بقدر مدة نقلها وربط الدواب فيه بقدر حاجة النزول والركوب. شرح الروض. أي ومع جواز ذلك فالأقرب أنه يضمن ما تلف به لأن الارتفاق بالشارع مشروط بسلامة العاقبة ولا فرق في ذلك بين البصير وغيره قال م ر ويؤخذ من ذلك منع ما جرت به عادة العلافين من ربط الدواب في الشوارع للكراء فلايجوز. وعلى وليّ الأمر منعهم لما في ذلك من مزيد الضرر.

(٢) أي البيهقي ولكن في شرح الروض زاد الحاكم فيكون ضمير له.

منع منه أزيل لقوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ[1] ولا ضِرَارَ فِي الإِسْلَامِ»[2] والمزيل له الحاكم، لا

---

(١) لا تضرّ نفسك وقوله ولا ضرار أي لا تضر غيرك وخبر لا محذوف أي في ديننا أو جائزان فلا ينافي أن ذلك واقع وكون خبر لا محذوفاً على النسخة التي ليس فيها في الإسلام. وأما هي فقوله في الإسلام هو الخبر وهذا الحديث خبر بمعنى النهي أي: لا تضر نفسك ولا تضر غيرك. وقوله ولا ضرار فعال بكسر أوله أي لا تجازيه على إضراره بل تعفو وتصفح أي لا يضر من لا يضره ولا يضر من يضره. فالضرر ابتداء الفعل والضرار الجزاء عليه. وقيل الضرر ما يضر به الإنسان غيره وينتفع هو به والضرار أن يضره من غير أن ينتفع وقيل بالعكس. وقيل الأول نهي للشخص عن تعاطي ما يضر نفسه والثاني نهي له عن فعل ما يضر غيره وقيل الأول عبارة عن منع ما ينفع الغير والثاني عبارة عن فعل ما يضر به. وقيل معنى الأول لا يضر الشخص أخاه فينتقص شيئاً من حقه ومعنى الثاني لا يضارّ الرجل جاره بإدخال الضرر عليه. وقيل معنى الأول لا يلزمه الصبر على الضرر ومعنى الثاني لا يجوز له إضرار غيره وحينئذ فالجمع بينهما للتأسيس. وقيل إنهما بمعنى واحد جمع بينهما للتأكيد فكأنه قال لا تضر والأول أولى لأنه إذا أراد الأمر بين الحمل على التأسيس والتأكيد فحمله على التأسيس أولى لا سيما في كلام الشارع عليه السلام. وقوله ولا ضرار وفي بعض الروايات إضرار بالهمزة قال ابن الصلاح لا صحة لها وبقية الحديث «من ضارّ ضارّ الله به ومن شاقّ شاق الله عليه» وظاهر الحديث تحريم سائر أنواع الضرار ما قل منه وما كثر إلا لدليل لأن النكرة في سياق النفي فتعم فيحرم على الشخص فتح كوّة في جداره يطلع منها على عورات جاره أو إحداث فرن أو حمام أو رحى أو معصرة لوجود الضرر بالدخان وصوت الرحى وما أشبه ذلك. ولا يحرم عليه تعلية بنائه على جدار جاره وإن أظلم عليه أبواب غرفه ومنع الشمس أن تقع في حجرته وإذا انهارت بئر جاره وكان له فضل ماء فإنه يجب عليه إرسال فضل مائه إلى زرع جاره بشروط ثلاثة: أحدها أن يكون قد زرع على أصل ماء. الثاني أن يتشاغل بإصلاح بئره ولم يحصل منها ما يكفيه. الثالث أن يخشى على زرعه الهلاك أخذاً ممن بعده. **فائدة**: نقل الغزي عن الكافي أنه لا يشترط في الجناح المخرج قدر ويشترط في الميزاب أن لا يجاوز نصف السكة. ووجهة الغزي بأن الجناح قد لا يحتاج إليه وبفرضه هو نادر بخلاف الميزاب فإن كلًّا من المتجاورين يحتاج إليه لإخراج الماء فمجاوزة أحد المتجاورين بميزانه لنصف السكة مبطل لحق الآخر المقابل له ونظر فيه ابن حجر وقال فالوجه جواز إخراجه ما لم يترتب عليه ضرر لملك الجار سواء أجاوز النصف أم لا.

(٢) أخرجه ابن ماجة (٢٣٤٠) وأحمد في المسند ١/ ٣١٣ والبيهقي في السنن ٦/ ٦٩ والحاكم ٢/ ٥٨ والطبراني في الكبير ٢/ ٨١ وابن عبد البر في التمهيد ١٠/ ٢٣٠.

. . . .

كل أحد، لما فيه من توقع الفتنة، لكن لكل أحد مطالبته بإزالته، لأنه من إزالة المنكر.

تنبيه ـ ما ذكر من جواز إخراج الجناح غير المضر ـ هو في المسلم، أما الكافر فليس له الإشراع إلى شوارع المسلمين، وإن جاز استطراقه، لأنه كإعلاء البناء على المسلم في المنع، ويمنعون أيضاً من آبار حشوشهم في أفنية دورهم، قال الأذرعي: ويشبه أن لا يمنعوا من إخراج الجناح، ولا من حفر آبار حشوشهم في محالهم وشوارعهم المختصة بهم في دار الإسلام كما في رفع البناء، وهو بحث حسن، وحكم الشارع الموقوف حكم غيره فيما مر، كما اقتضاه كلام الشيخين. والطريق: ما جعل عند إحياء البلد أو قبله طريقاً، أو وقفه المالك ولو بغير إحياء كذلك وصرح في الروضة نقلاً عن الإمام بأنه لا حاجة في ذلك إلى لفظ، قال في المهمات: ومحله فيما عدا ملكه، أما فيه فلا بد من لفظ يصير به وقفاً على قاعدة الأوقاف. انتهى. وهذا ظاهر، وحيث وجدنا طريقاً اعتمدنا فيه الظاهر[١]، ولا يلتفت إلى مبدأ جعله طريقاً، فإن اختلفوا عند الإحياء في تقديره قال النووي: جعل سبعة أذرع، لخبر الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه: «قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عِنْدَ الاِخْتِلاَفِ فِي الطَّرِيقِ أَنْ يُجْعَلَ عَرْضُهُ سَبْعَةَ أَذْرُعٍ»، وقال الزركشي: مذهب الشافعي رضي الله تعالى عنه اعتبار قدر الحاجة، والحديث محمول عليه، اهـ. وهذا ظاهر، فإن كان أكثر من سبعة أذرع أو من قدر الحاجة على ما مر ـ لم يجز لأحد أن يستولي على شيء منه وإن قل، ويجوز إحياء ما حوله من الموات بحيث لا يضر بالمار، وأما إذا كانت الطريق مملوكة يسبلها مالكها فتقديرها إلى خيرته، والأفضل له توسيعها، ويحرم الصلح على إشراع الجناح أو الساباط بعوض وإن صالح عليه الإمام، لأن الهواء لا يفرد بالعقد، ويحرم أن يبني في الطريق دكة أو غيرها[٢] أو يغرس فيها شجرة ولو اتسع الطريق وأذن الإمام

---

(١) أي والظاهر أنهم فعلوه كذلك من أول الأمر فلا يوسع وإن كان ضيقاً. وقوله ولا يلتفت الخ أي لا ينظر لأصل وضعه ولا يبحث عنه بكونه مواتاً في الأصل فتكون الطريق سبعة أذرع أو قدر الحاجة.

(٢) كدعامة لجداره وما ذكره في الدكة ونحوها هو المعتمد وإن كانت لعموم المسلمين. وأما غرس =

. . . .

وانتفى الضرر، لمنع الطروق في ذلك المحل، ولتعثر المار بهما عند الازدحام، لأنه إذا طالت المدة ـ أشبه موضعها الأملاك وانقطع أثر استحقاق الطريق فيه، بخلاف الأجنحة ونحوها.

= الشجرة وحفر البئر فإن كانت لعموم المسلمين ولم تضر بالمارة جاز وإلا امتنع وغرس الشجرة وحفر البئر في نحو المسجد كذلك ق ل قال حج لو جعل الدكة للصلاة ولا ضرر بوجه جازت. وقال إن البئر فيه لعموم المسلمين جائزة بخلاف الشجرة وفرق والفرق أن الحاجة للماء آكد سم. وتلخص أن المعتمد المنع من الشجرة والدكة مطلقاً في الشارع ولو بإذن الإمام اتسع أم لا ما لم يقفها مسجداً وجاز حفر البئر فيه ولو لمصلحة نفسه بإذن الإمام حيث لا ضرر اهـ أج والمعتمد أنه لا يجوز حفر البئر فيه إلا بشرطين أن تكون لعموم المسلمين وأن لا يحصل بها ضرر للمارة فإذا قصد نفسه بالغرس كان متعدياً فيقلع مجاناً وتلزمه أجرته مدة الغرس لصالح المسجد كما لو وضع فيه ما لا يجوز وضعه فيه أي كالخزائن وكالمسجد في ذلك ما هو من توابعه كفسقيته وحريمه. ومعلوم أن ذلك حيث علم ما ذكر فإن لم يعلم كأن وجدنا شجراً فيه ولم نعلم ما قصد به واضعه حمل على أنه لعموم المسلمين فينتفعون بثمره وما بقي بعد الثمر مما جرت العادة بقطعه من نحو جريد فإنه يكون لمصالح المسجد اهـ. ع ش.

تنبيه: علم من هذا حرمة وضع الخزائن في المسجد إلا بقدر الحاجة أو لعموم المسلمين ولا ضرر ويلزم الواضع الأجرة حيث امتنع عليه الوضع وعبارة المناوي في أحكام المساجد: ويجوز بناء المسجد في الشارع إن لم يضر بالمارة فلو تعثر به إنسان أو بهيمة أو سقط نحو جداره أو عموده أو قنديله على شيء فأتلفه فلاضمان. وإن بني بغير إذن الإمام اهـ ويكره غرس الشجر في المسجد كما في الروضة. قلت وهو محمول على ما إذا لم يضر بالمسجد أو بالمصلين ولم يقصد بها نفسه وإلا حرم فإن غرس قلع والقالع له الإمام أو نائبه دون الآحاد سواء حرم غرسه أو كره لأن له إزالة المكروه. نعم ما غرس ليكون للمسجد ولا ضرر فيه لا يجوز قطعه لأنه ملك المسجد قاله القاضي وينبغي تقييده بما إذا كان له ثمر ينتفع به المسجد وإلا قلع والجاري على القواعد وجوب رعاية الأصلح من الإبقاء أو القلع وثمرة ما استحق القلع وغيره إن غرس للمسجد لم يجزأ كلها إلا بعوض يصرفه في مصالحه وإن كان مسبلاً للأكل أو جهل قصد الغارس جاز من غير عوض ومثلها ثمرة ما في المقبرة المسبلة وكجهل قصده ما إذا لم يكن له قصد ومثله ما إذا نبتت فيه بنفسها مدابغي. قال البرماوي على المنهج ولو حصلت أغصان شجرة في هواء ملك غيره لزمه إزالة الأغصان إلا أن يرضى صاحب الملك بتركها فإن طالبه بذلك فلم يفعل فله تحويل الأغصان عن ملكه بتليين ونحوه فإن لم يمكن فله قطعها ولا يحتاج فيه إلى إذن القاضي على الصحيح وإن =

وَلاَ يَجُوزُ فِي الدَّرْبِ الْمُشْتَرَكِ إِلَّا بِإِذْنٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ، وَيَجُوزُ تَقْدِيمُ البَابِ فِي الدَّرْبِ الْمُشْتَرَكِ وَلاَ يَجُوزُ تَأْخِيرُهُ إِلَّا بِإِذْنٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ.

[الْقَوْلُ فِي الرَّوْشَنِ وَفَتْحِ الْبَابِ فِي الدَّرْبِ الْمُشْتَرَكِ]

(ولا يجوز) إخراج روشن (في الدرب المشترك) وهو غير النافذ الخالي عن نحو مسجد: كرباط وبئر موقوفين على جهة عامة لغير أهله.

ولبعضهم (إلا بإذن من الشركاء) كلهم في الأولى ومن باقيهم ممن بابه أبعد عن رأسه من محل المخرج أو مقابله في الثانية. فلو أرادوا الرجوع بعد الإخراج بالإذن قال في المطلب: فيشبه منع قلعه لأنه وضع بحق، ومنع إبقائه بأجرة، لأن الهواء لا أجرة له، ويعتبر إذن المكتري إن تضرر كما في الكفاية، وأهل غير النافذ من نفذ بابه إليه، لا من لاصق جداره من غير نفوذ باب إليه، وتختص شركة كل منهم بما بين بابه ورأس غير النافذ لأنه محل تردده.

(ويجوز) لمن له باب (تقديم الباب) بغير إذن بقية الشركاء (في الدرب المشترك) إذا سد الباب القديم، لأنه ترك بعض حقه، فإن لم يسده ـ فلشركائه منعه، لأن انضمام الثاني إلى الأول يورث زحمة ووقوف الدواب في الدرب، فيتضررون به، ولو كان بابه آخر الدرب فأراد تقديمه وجعل الباقي دهليزاً لداره ـ جاز (ولا يجوز) لمن له باب في رأس الدرب المشترك (تأخيره) أي الباب الجديد إلى أسفل الدرب، سواء أقرب من القديم أم بعد عنه، وسواء أسد الأول أم لا (إلا بإذن) ممن تأخر باب داره (من الشركاء) عن باب الدار المريد لذلك، لأن الحق في زيادة، الاستطراق لمن تأخر باب داره فجاز له إسقاطه، بخلاف من بابه بين المفتوح ورأس الدرب أو مقابل للمفتوح كما في الروضة عن الإمام: أي المفتوح القديم كما فهمه السبكي وغيره وفهم البلقيني أنه الجديد فاعترض عليه بأن المقابل للمفتوح مشارك في القدر المفتوح فيه فله المنع،

= صالحه على إبقائها بعوض فإن لم يسند الغصن إلى شيء لم يصح وإن استند فإن كان بعد الجفاف جاز وإن كان رطباً لم يجز لأنه يزيد انتشار العروق لانتشار الأغصان. وكذلك ميل الجدار ومنه ميل جدار بعض أهل السكة المستندة إليها فلغير مالك الجدار هدمه وإن كانت السكة مشتركة بين مالك الجدار وبين الهادم.

فَصْـلٌ

وخرج بالخالي عن نحو مسجد ـ ما لو كان به ذلك فلا يجوز الإخراج بقيده السابق عند الإضرار[١] وإن أذن الباقون، ولا يصلح الصلح بمال على إخراج جناح أو فتح باب، لأن الحق في الاستطراق لجميع المسلمين.

تتمة ـ يجوز لمن لاصق جداره الدرب المفسد أن يفتح فيه باباً لاستضاءة وغيرها، سواء أسمره أم لا؛ لأن له رفع الجدار فبعضه أولى، لا فتحه لتطرق بغير إذنهم، لتضررهم بمرور الفاتح أو بمرورهم عليه، ولهم بعد الفتح بإذنهم الرجوع متى شاؤوا ولا غرم عليهم، وللمالك فتح الطاقات لاستضاءة وغيرها، بل له إزالة بعض الجدار وجعل شباك مكانه وفتح باب بين داريه وإن كانتا تفتحان إلى دربين أو درب وشارع؛ لأنه تصرف مصادف للملك فهو كما لو أزال الحائط بينهما وجعلهما داراً واحدة وترك بابيهما بحالهما، ولو تنازعا جداراً أو سقفاً بين ملكيهما: فإن علم أنه بني مع بناء أحدهما فله اليد لظهور أمارة الملك بذلك، وإن لم يعلم ذلك فلهما اليد لعدم المرجح، فإن أقام أحدهما بينة أنه له؛ أو حلف ونكل الآخر ـ قضى له به، وإلا جعل بينهما، لظاهر اليد فينتفع به كل مما يليه.

فَصْـلٌ (فِي الـحَوَالَةِ)[٢]

وهي ـ بفتح الحاء أفصح من كسرها ـ لغة ـ التحول والانتقال، وشرعاً: عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة أخرى، وتطلق على انتقاله من ذمة إلى أخرى والأول هو غالب استعمال الفقهاء.

والأصل فيها قبل الإجماع خبر الصحيحين «مُطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ، فَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ

---

(١) قال في شرح الروض ومفهومه جواز الإشراع الذي لا يضر وإن لم يرض أهلها ومحله إذا لم يكن المسجد حادثاً وإلا فإن رضي به أهلها فذاك وإلا فلهم المنع من الإشراع إذ ليس لأحد الشركاء إبطال حق البقية من ذلك اهـ مرحومي وعبارة ق ل نعم إن كان فيه مسجد أو نحو بئر موقوف على العموم أو نحو حمام فكالشارع من أوله إلى ذلك الموقوف بحيث لا يضرّ المارّ أي إضراراً بيناً مخالفاً للعادة.

(٢) فصل في الحوالة: ذكرها بعد الصلح لأن كلاً منهما يترتب عليه قطع النزاع وهي اسم مصدر لتحول وهي رخصة جوّزت للحاجة.

وَشَرَائِطُ الحَوَالَةِ أَرْبَعَةٌ:

عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَع»[١] بإسكان التاء في الموضعين، أي فليحتل كما رواه هكذا البيهقي.

ويسن قبولها على مليء لهذا الحديث، وصرفه عن الوجوب القياس على سائر المعاوضات، ويعتبر في الاستحباب كما بحثه الأذرعي ـ أن يكون المليء وفياً، ولا شبهة في ماله.

والأصح أنها بيع دين بدين جوز للحاجة[٢]، ولهذا لم[٣] يعتبر التقابض في المجلس وإن كان الدينان ربويين.

القَوْلُ فِي (أَرْكَانِ الْحوَالَةِ)

وأركانها ستة: محيل، ومحتال، ومحال عليه ودين للمحتال على المحيل[٤]، ودين للمحيل[٥] على المحال عليه، وصيغة، وكلها تؤخذ مما يأتي وإن سمى بعضها شرطاً كما قال:

(وشرائط) صحة (الحوالة أربعة) بل خمسة كما ستعرفه:

---

(١) أخرجه البخاري ٤/ ٤٦٤ (٢٢٨٧) ومسلم (٣/ ١١٩٧)(٣٣ـ١٥٦٤).

(٢) يريد أنها مستثناة من النهي عن بيع الدين كما جوّز القرض مع كونه بيع درهم بدرهم من غير تقابض لمكان الحاجة أي لوجودها فالتشبيه إنما هو في خروج كل عن القواعد مع جوازه للحاجة أو التشبيه في أن كلاًّ منهما عقد إرفاق وإلا فيجوز أن يرد زائد في القرض من غير شرط.

(٣) أي للحاجة وقوله التقابض المراد به القبض ففي التعبير بالتقابض مسامحة.

(٤) لو قال ودينان لكان أخصر كما عبر به في التحرير وشرط في الدينين المذكورين خمسة شروط: ثبوتهما ولزومهما وصحة الاعتياض عنهما وتساويهما والعلم بقدرهما.

(٥) ولو باعتراف المحتال أو بقبوله الحوالة لأنه يتضمن استيفاء شروطهما كما قاله ابن الرفعة. قال في المطلب لو قبل المحتال الحوالة من غير اعتراف بالدين كان قبوله متضمناً لاستجماع شرائط الصحة فلا أثر لتبين أن لا دين نعم له تحليف المحيل أنه لا يعلم براءة المحال عليه في أوجه الوجهين وعليه فلو نكل حلف المحتال فيما يظهر وبان بطلان الحوالة لأنه حينئذ كرد المقر له الإقرار ومثل ذلك ما لو قامت بينة بأن المحال عليه وفي المحيل فتبطل الحوالة إذ التقصير حينئذ والتدليس جاء من جهة المحيل.

فائدة: مذهب أبي حنيفة إذا أنكر المحال عليه الدين وحلف رجع المحتال.

رِضَا المُحِيلِ، وَقَبُولُ المُحْتَالِ وَكَوْنُ الحَقِّ مُسْتَقِرًّا

الأول ـ (رضا المحيل)[١] (و) الثاني (قبول المحتال)، لأن للمحيل إيفاء الحق منْ حيث شاء فلا يلزم بجهة، وحق المحتال في ذمة المحيل فلا ينتقل إلا برضاه، لأن الذمم تتفاوت والأمر الوارد[٢] للندب كما مر.

تنبيه ـ إنما عبر بالقبول المستدعي للإيجاب لإفادة أنه لا بد من إيجاب المحيل كما في البيع، وهي دقيقة حسنة، ولا يشترط رضا المحال عليه، لأنه محل الحق والتصرف، كالعبد المبيع، ولأن الحق للمحيل فله أن يستوفيه بغيره، كما لو وكل غيره بالاستيفاء.

(و) **الثالث** ـ (كون الحق) أي الدين المحال به وعليه لازماً[٣]، وهو ما لا خيار فيه، ولا بد أن يجوز الاعتياض[٤] عنه: كالثمن بعد زمن الخيار، وإن لم يكن (مستقراً

---

(١) هذا إن كان بمعنى الإيجاب كما يدل عليه ما بعده فهو جزء من الصيغة وإن كان بمعنى ما دل عليه الإيجاب فهو شرط لكن لا دلالة عليه بغير الصيغة فتأمل ق ل أي فيكون مستغنى عنه. وحاصله أنه إن أراد به الإيجاب اعترض عليه بأنه من الأركان لا من الشروط .وإن أراد به الرضا القلبي فهذا لا يشترط. ويجاب عن الأول بأن مراده بالشرط ما لا بد منه فدخل الركن وعن الثاني بأنه ليس ذكر الرضا بهذا المعنى مقصوداً لذاته بل لكونه وسيلة وتوطئة للإيجاب لأنه لا يعرف الرضا إلا به فيكون عبر بالملزوم وأراد اللازم فرجع للمعنى الأول ويحتمل أن المراد بالرضا عدم الإلزام أي إلزام المحيل بالحوالة وعلى هذا يكون من الشروط ويكون استفادة الإيجاب من ذكر القبول.

(٢) جواب عن سؤال وارد على قوله فلا ينتقل إلا برضاه مع أن الحديث يدل على وجوب قبولها. وحاصل السؤال أن قوله فلا ينتقل إلا برضاه لا يقتضي وجوب القبول وقوله في الحديث فليتبع يقتضي ذلك. فأجاب بأن الأمر للندب.

(٣) ولو مآلاً بثمن بعد اللزوم أو قبله فتصح الحوالة به وعليه شرح المنهج وقوله أو قبله أي ولو كان الخيار للبائع وتكون إجازة منه وهو مشكل إذ كيف يصح بيع الثمن قبل دخوله في ملك البائع. ويجاب بأنهم لما جوّزوا بيع الدين بالدين توسعاً وسع في ذلك أيضاً.

(٤) فلا تصح الحوالة بما لا يعتاض عنه ولا عليه كدين السلم ودين الجعالة قبل الفراغ من العمل كما في شرح المنهج نعم يستثنى من ذلك نجوم الكتابة فإنه لا يصح الاعتياض عنها على الراجح وتصح الحوالة بها من العبد لسيده على ثالث كما سيذكره الشارح للزومه أي الدين المحال به وعليه من جهة السيد والمحال عليه مع تشوّف الشارع للعتق.

فِي الذِّمَّةِ.

في الذمة): كالصداق قبل الدخول والموت، والأجرة قبل مضي المدة، والثمن قبل قبض المبيع: بأن يحيل به المشتري، ـ البائع، على ثالث. وعليه كذلك: بأن يحيل البائع غيره على المشتري، سواء اتفق الدينان في سبب الوجوب أم اختلفا: كأن كان أحدهما ثمناً والآخر أجرة أو قرضاً، فلا تصح بالعين، لما مر أنها بيع دين بدين، ولا بما لا يجوز الاعتياض عنه[١]، كدين السلم، فلا تصح الحوالة به ولا عليه وإن كان لازماً، ولا تصح الحوالة للساعي ولا للمستحق ـ بالزكاة ممن هي عليه، ولا عكسه، وإن تلف الذهاب بعد التمكن لامتناع الاعتياض عنها، وتصح على الميت[٢].

لأنه لا يشترط رضا المحال عليه، وإنما صحت عليه، مع خراب ذمته لأن ذلك إنما هو بالنسبة للمستقبل: أي لم تقبل ذمته[٣] شيئاً بعد موته، وإلا فذمته مرهونة بدينه حتى يقضى، وظاهره أنه لا فرق بين أن يكون له تركه أو لا، وهو كذلك، وإن كان في الثاني خلاف. ولا تصح على التركة لعدم الشخص المحال عليه، وتصح[٤] بالدين

---

(١) محترز جواز الاعتياض دين السلم مسلماً فيه ورأس مال كما في شرح الروض والمبيع في الذمة والثمن في محترز جواز الاعتياض دين السلم مسلماً فيه ورأس مال كما في شرح الروض والمبيع في الذمة والثمن في الربوي المبيع بربوي آخر والأجرة في إجارة الذمة والزكاة.

(٢) بمنزلة قوله ولا فرق في المحال عليه بين الحي والميت وعبارة غيره ولو أحال من له دين على ميت صحت ويتعلق الدين المحال به على الميت بالتركة إن كانت وإلا فهو باق في ذمته فإن تبرع به أحد عنه برئت ذمته وإلا فلا.

(٣) المراد بها معنى صالح للإلزام والالتزام وقوله وإلا فذمته مرهونة فيه أن المرهون ليس نفس الذمة بل النفس بمعنى الروح ويمكن أن يكون المراد بالذمة هنا النفس لأنها تطلق عليها كما في شروح الروض لكن على هذا لا تحسن المقابلة في كلام الشارح.

(٤) هذا مستثنى مما لا يصح الاعتياض عنه وكتب الأجهوري على قوله وتصح حوالة المكاتب سيده الخ قضيته صحة الاعتياض عن نجوم الكتابة وهو وجه والذي اعتمده الشيخان في باب الكتابة عدم صحة الاعتياض عنها وهو المعتمد والحوالة صحيحة ولكن يشكل صحة الحوالة بالنجوم بعدم صحتها بدين السلم وقد يفرق بأن الشارع متشوّف للعتق وفرق البلقيني بأن السيد إذا احتال بالنجم لا يتطرق إليه أن يصير الدين لغيره لأنه إن قبضه قبل التعجيز فواضح وإلا فهو مال المكاتب ويصير بالتعجيز للسيد بخلاف دين المسلم فيه فيؤدّي إلى أن لا يصل المحتال إلى حقه.

وَاتِّفَاقُ مَا فِي ذِمَّةِ المُحِيلِ وَالمُحَالِ عَلَيْهِ فِي الجِنْسِ وَفِي النَّوْعِ وَالْحُلُولِ وَالتَّأْجِيلِ

المثلي كالنقود والحبوب، وبالمتقوم كالعبيد والثياب، وبالثمن في زمن الخيار بأن يحيل المشتري البائع - على إنسان، وعليه: بأن يحيل البائع إنساناً على المشتري لأنه آيل إلى اللزوم بنفسه والجواز عارض فيه، ويبطل الخيار بالحوالة بالثمن، لتراضي عاقديها ولأن مقتضاها اللزوم، فلو بقي الخيار فات مقتضاها، وفي الحوالة عليه يبطل في حق البائع لرضاه بها لا في حق مشتر لم يرض، فإن رضي بها بطل في حقه أيضاً في أحد وجهين رجحه ابن المقري، وهو المعتمد، وتصح حوالة المكاتب سيده بالنجوم، لوجود اللزوم من جهة السيد والمحال عليه، فيتم الغرض منها، دون حوالة السيد غيره عليه بمال الكتابة فلا تصح لأن الكتابة جائزة من جهة المكاتب فلا يتمكن المحتال من مطالبته وإلزامه. وخرج بنجوم الكتابة ما لو كان للسيد على المكاتب دين معاملة وأحال عليه: فإنه يصح كما في زوائد الروضة، ولا نظر إلى سقوطه بالتعجيز، لأن دين المعاملة لازم في الجملة، ولا تصح بجعل الجعالة ولا عليه قبل تمام العمل ولو بعد الشروع فيه، لعدم ثبوت دينها حينئذ، بخلافه بعد التمام.

(و) الرابع - (اتفاق) أي موافقة (ما في ذمة المحيل) للمحتال من الدين المحال به (و) ما في ذمة (المحال عليه) للمحيل من الدين المحال عليه (في الجنس) فلا تصح بالدراهم على الدنانير وعكسه، وفي القدر: فلا يصح بخمسة على عشرة وعكسه، لأن الحوالة معاوضة إرفاق جوزت للحاجة فاعتبر فيها الاتفاق فيما ذكر كالقرض (وفي النوع والحلول والتأجيل) وفي قدر الأجل، وفي الصحة والتكسير، إلحاقاً لتفاوت الوصف بتفاوت القدر.

تنبيه - أفهم كلام المصنف أنه لا يعتبر اتفاقهما في الرهن، ولا في الضمان وهو كذلك، بل لو أحال بدين أو على دين به رهن أو ضامن أنفك الرهن وبرىء الضمان، لأن الحوالة كالقبض.

والخامس - العلم بما يحال به وعليه قدراً وصفه بالصفات المعتبرة في السلم.

وَتَبْرَأُ بِهَا ذِمَّةُ الْمُحِيلِ.

القَوْلُ فِي (أَثَرِ عَقْدِ الْحَوَالَةِ الصَّحِيحِ)

(وتبرأ بها) أي بالحوالة الصحيحة (ذمة المحيل) من دين المحتال، ويسقط دينه عن المحال عليه، ويلزم دين محتال محالاً عليه: أي يصير نظيره في ذمته، فإن تعذر أخذه منه بفلس أو غيره: كجحد للدين أو موت لم يرجع على محيل، كما لو أخذ عوضاً عن الدين وتلف في يده، وإن شرط يسار المحال عليه أو جهله، فإنه لا يرجع على المحيل، كمن اشترى شيئاً وهو مغبون فيه، ولا عبره بالشرط المذكور، لأنه مقصر بترك الفحص عنه، ولو شرط الرجوع عند التعذر بشيء مما ذكر ـ لم تصح الحوالة: ولو شرط العاقد في الحوالة راهناً أو ضميناً هل يصح أو لا؟ رجح ابن المقري الأول، وصاحب الأنوار الثاني، وهو المعتمد، ولا يثبت في عقدها خيار شرط، لأنها لم تبن على المعاينة، ولاخيار مجلس في الأصح، وإن قلنا معاوضة، لأنها على خلاف القياس.

تتمة ـ لو فسخ بيع، بعيب أو غيره: كإقالة وقد أحال مشتر بائعاً بثمر ـ بطلت الحوالة[1]، لارتفاع الثمن بانفساخ البيع، لا إن أحال بائع به ثالثاً على المشتري، فلا تبطل الحوالة، لتعلق الحق بثالث، بخلافه في الأولى. ولو باع عبداً وأحال بثمنه على المشتري ثم اتفق المتبايعان والمحتال على حريته، أو ثبتت ببينة: يقيمها العبد، أو شهدت حسبة بطلت الحوالة، لأنه بان أن لا ثمن حتى يحال به، فيرد المحتال ما أخذه على المشتري ويبقى حقه كما كان، وإن كذبهما المحتال في الحرية ولا بينة ـ حلفاه على نفي العلم بها، ثم بعد حلفه يأخذ المال من المشتري لبقاء الحوالة، ثم يرجع به المشتري على البائع، لأنه قضى دينه بإذنه الذي تضمنته الحوالة، ولو قال المستحق عليه للمستحق: وكلتك لتقبض لي ديني من فلان، وقال المستحق: أحلتني به، أو قال الأول: أرت بقولي أحلتك به ـ الوكالة، وقال المستحق: بل أردت بذلك الحوالة ـ صدق المستحق عليه بيمينه، لأنه أعرف بإرادته، والأصل بقاء الحقين. وإن

(١) الفرق بينه وبين الصداق إذا أحالها به ثم فسخ النكاح حيث لا تبطل الحوالة أن الصداق أثبت وأقوى من غيره.

فَصْـلٌ

وَيَصِحُّ ضَمَانُ.

قال المستحق عليه: أحلتك، فقال المستحق: وكلتني، أو قـال: أردت بقولي أحلتك الوكالة صدق الثاني بيمينه، لأن الأصل بقاء حقه، نعم لو قال: أحلتك بالمائة التي لك على عمرو ـ فلا يحلف منكراً الحوالة، لأن هذا لا يحتمل إلا حقيقتها فيحلف مدعيها.

وللمحتال أن يحيل وأن يحتال من المحال عليه على مدينه.

(فَصْـلٌ) فِي الـضَّمَانِ[1]

وهو في اللغة: الالتزام، وشرعاً ـ يقال: لالتزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره، ويقال: للعقد الذي يحصل به ذلك، ويسمى الملتزم لذلك ضامناً وزعيماً وكفيلاً وغير ذلك كما بينته في شرح المنهاج وغيره.

والأصل فيه قبل الإجماع ـ أخبار كخبر «الزَّعِيمُ زَعِيمٌ غَارِمٌ» رواه الترمذي وحسنه، وخبر الحاكم بإسناد صحيح أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «تَحَمَّلَ عَنْ رَجُلٍ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ»[2].

أَرْكَانُ الضَّمَانِ

وأركان ضمان المال خمسة: ضامن، ومضمون له، ومضمون عنه، ومضمون به، وصيغة.

القَوْلُ فِي شُرُوطِ الضَّامِنِ

إذا علمت ذلك فنبدأ بشرط الضامن فنقول: (ويصح ضمان) من يصح تبرعه

---

(١) ذكره بعد الحوالة لأن كلاً منهما يترتب عليه قطع النزاع ولأن في كل منهما شغل ذمة بدين لم تكن مشغولة به قبل ذلك والنون في الضمان يحتمل أن تكون زائدة إن أخذ من الضم لما فيه من ضم ذمة إلى أخرى ويحتمل أنها أصلية إن أخذ من الضمن لأن المال في ضمن ذمة الضامن.

(٢) أخرجه الترمذي (٢١٢٠) وابن ماجة (٢٤٠٥) وأحمد في المسند ٥/ ٢٦٧ والبيهقي في السنن ٦/ ٧٢.

فَصْـلٌ

الدُّيُونِ المُسْتَقِرَّةِ في الذِّمَةِ، إِذَا عُلِمَ قَدْرُهَا.

ويكون مختاراً، فيصح الضمان: من سكران: وسفيه لم يحجر عليه، ومحجور فلس ـ كشرائه في الذمة وإن لم يطالب إلا بعد فك الحجر، لا من صبي ومجنون ومحجور وسفيه، ومريض مرض الموت عليه دين مستغرق لماله، ومكره ولو بإكراه سيده. وصح ضمان رقيق بإذن سيده، لا ضمان لسيده، وكالرقيق ـ المبعض إن لم تكن مهايأة أو كانت وضمن في نوبة سيده، فإن عين للأداء جهة فذاك، وإلا فمما يكسبه بعد الإذن في الضمان، ومما بيد مأذون له في التجارة.

القَوْلُ فِي شُرُوطِ المَضْمُونِ

ويشترط في المضمون: كونه حقاً ثابتاً حال العقد؛ فلا يصح ضمان ما لم يجب كنفقة ما بعد اليوم للزوجة، ويشترط في (الديون) المضمونة أن تكون لازمة. وقول المصنف (المستقرة في الذمة) ليس بقيد، بل يصح ضمانها وإن لم تكن مستقرة، كالمهر قبل الدخول أو الموت، وثمن المبيع قبل قبضه لأنه آيل إلى الاستقرار، لا كنجوم كتابة؛ لأن للمكاتب إسقاطها بالفسخ فلا معنى للتوثق عليه ويصح الضمان عن المكاتب بغيرها لأجنبي لا للسيد، بناء على أن غيرها يسقط من المكاتب بعجزه وهو الأصح. ويصح بالثمن في مدة الخيار؛ لأنه آيل إلى اللزوم بنفسه فألحق باللازم، وصحة الضمان في الديون مشروطة بما (إذا علم) الضامن (قدرها) وجنسها وصفتها لأنه إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد، فأشبه البيع والإجارة، ولا بد أن يكون معيناً، فلا يصح ضمان غير المعين كأحد الدينين، والإبراء من الدين المجهول جنساً أو قدراً أو صفة باطل، لأن البراءة متوقفة على الرضا ولا يعقل مع الجهالة، ولا تصح البراءة من الأعيان، ويصح ضمان رد كل عين ممن هي في يده مضمونة عليه: كمغصوبة ومستعارة، كما يصح بالبدن بل أولى، لأن المقصود هنا المال ويبرأ الضامن بردها للمضمون له، ويبرأ أيضاً بتلفها فلا يلزمه قيمتها، كما لو مات المكفول ببدنه لا يلزم الكفيل الدين. ولو قال: «ضمنت مما لك على زيد من درهم إلى عشرة» صح وكان ضامناً لتسعة إدخالاً للطرف الأول لأنه مبدأ الالتزام وقيل: عشره إدخال للطرفين في

وَلِصَاحِبِ الحَقِّ مُطَالَبَةُ مَنْ شَاءَ مِنَ الضَّامِنِ وَالْمَضْمُونِ عَنْهُ، إِذَا كَانَ الضَّمَانُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.

الالتزام. فإن قيل: رجح النووي في باب الطلاق أنه لو قال: «أنت طالق من واحدة إلى ثلاث» ـ وقوع الثلاث، وقياسه تعيين العشرة، أجيب بأن الطلاق محصور في عدد، فالظاهر استيفاؤه بخلاف الدين. ولو ضمن ما بين درهم وعشرة لزمه ثمانية كما في الإقرار.

القَوْلُ فِي شُرُوطِ الصِّيغَةِ

وشرط في الصيغة للضمان والكفالة الآتية ـ لفظ يشعر بالالتزام: كضمنت دينك الذي على فلان، أو تكفلت ببدنه.

ولا يصحان بشرط براءة أصيل لمخالفته مقتضاهما، ولا بتعليق، ولا بتوقيت. ولو كفل بدن غيره وأجل إحضاره له بأجل معلوم ـ صح للحاجة كضمان حال مؤجلاً بأجل معلوم، ويثبت الأجل في حق الضامن، ويصح ضمان المؤجل حالاً، ولا يلزم الضامن تعجيل المضمون وإن التزمه حالاً كما لو التزمه الأصيل.

القَوْلُ فِي مَا يَتَرَتَّبُ عَلَى الضَّمَانِ الصَّحِيحِ

(ولصاحب الحق) ولو وارثاً (مطالبة من شاء من الضامن) ولو متبرعاً (والمضمون عنه) بأن يطالبهما جميعاً، أو يطالب أيهما شاء ـ بالجميع، أو يطالب أحدهما ببعضه والآخر بباقيه: أما الضامن فلخبر: «الزَّعِيمُ غَارِمٌ» وأما الأصيل فلأن الدين باق عليه. ولو برىء الأصيل من الدين برىء الضامن منه، ولا عكس في إبراء الضامن، بخلاف ما لو برىء بغير إبراء، كأداء. ولو مات أحدهما والدين مؤجل ـ حل عليه لأن ذمته خربت، بخلاف الحي فلا يحل عليه، لأنه يرتفق بالأجل وإنما يخير في المطالبة (إذا كان الضمان) صحيحاً (على ما بيناه) فيما تقدم: من كون الدين لازماً معلوم القدر والجنس والصفة.

وشرط في المضمون له ـ وهو الدائن ـ معرفة الضامن عينه؛ لتفاوت الناس في استيفاء الدين تشديداً وتسهيلاً، ومعرفة وكيله كمعرفته، كما أفتى به ابن الصلاح، وإن

وَإِذَا غَرِمَ الضَّامِنُ رَجَعَ عَلَى المَضْمُونِ عَنْهُ، إِذَا كَانَ الضَّمَانُ وَالقَضَاءُ بِإِذْنِهِ،

أفتى ابن عبدالسلام بخلافه؛ لأن الغالب أن الشخص لا يوكل إلا من هو أشد منه في المطالبة. ولا يشترط رضاه؛ لأن الضمان محض التزام لم يوضع على قواعد المعاقدات[١]، ولا رضا المضمون عنه وهو المدين، ولا معرفته. لجواز التبرع بأداء دين غيره بغير إذنه ومعرفته.

(وإذا غرم الضامن) الحق لصاحبه (رجع) بما غرمه[٢] (على المضمون عنه إذا كان الضمان والقضاء) للدين (بإذنه) أي المضمون عنه له فيهما؛ لأنه صرف ماله إلى منفعة الغير بإذنه، هذا إذا أدى من ماله، أما لو أخذ من سهم الغارمين فأدى به الدين ـ فإنه لا يرجع كما ذكروه في قسم الصدقات، وإن انتفى إذنه في الضمان والأداء ـ فلا رجوع له لتبرعه، فإن أذن في الضمان فقط وسكت عن الأداء رجع في الأصح؛ لأنه أذن فيه بسبب الأداء ولا يرجع إذا ضمن بغير الإذن وأدى بالإذن، لأن وجوب الأداء بسبب الضمان ولم يأذن فيه، نعم لو أدى بشرط الرجوع ـ رجع كغير الضامن[٣]، وحيث ثبت الرجوع فحكمه حكم القرض حتى يرجع في المتقوم بمثله

---

(١) وجه ذلك كونه لا مقابل له بخلاف البيع والإجارة والجعالة والهبة التي بثواب وما شاكلها مما له مقابل.

(٢) حاصله أنه إن ضمن بالإذن رجع مطلقاً أي سواء أدّى بالإذن أم لا وإن ضمن بغير الإذن فلا رجوع مطلقاً أي سواء أدى بغير الإذن أيضاً أو بالإذن إن لم يشرط الرجوع في الأخيرة أعني فيما إذا أدى بالإذن. ولوأذن له بالأداء ثم ضمنه بغير إذن ثم أدى فقال الطبلاوي لا رجوع لأن الأداء يقع عن جهة الضمان بوجوب الأداء به وهو بغير الإذن. وقال ابن الرملي إن أدى عن جهة الإذن السابق رجع أو عن الضمان فلا. وكذا لو أطلق وقرر في العكس كذلك وهو أنه إذا ضمن بلا إذن ثم أدى بإذن بشرط الرجوع رجع إن أدى عن جهة الإذن وإلا فلا فراجعه سم وسيأتي في الشرح. وحاصل ما ذكره المصنف والشارح أربع صور: الأولى أن يأذن له في الضمان وفي القضاء. الثانية أن ينتفي الأمران. الثالثة أن يأذن له في الضمان فقط. الرابعة أن يأذن له في الأداء فقط؛ ففي الصورة الأولى والثالثة يرجع في الثانية والرابعة لا يرجع.

(٣) التشبيه في مطلق الرجوع، لأنه إذا لم يكن ضمان وأدّى بالإذن يرجع مطلقاً وأما إذا ضمن بغير الإذن وأدى بالإذن إن شرط الرجوع رجع وإلا فلا.

وَلاَ يَصِحُّ ضَمَانُ الْمَجْهُولِ وَلاَ مَا لَمْ يَجِبْ إلاَّ دَرْكَ المَبِيعِ.

صورة: كما قاله القاضي حسين، ومن أدى دين غيره بإذن ولا ضمان ـ رجع وإن لم يشترط الرجوع[1] للعرف، بخلاف ما إذا أداه بلا إذن لأنه متبرع، وإنما يرجع مؤد ولو ضامناً: إذا أشهد بذلك ـ ولو رجلاً ـ ليحلف معه، لأن ذلك حجة، أو أدى بحضرة مدين ولو مع تكذيب الدائن أو في غيبته لكن صدقه الدائن لسقوط الطلب بإقراره.

القَوْلُ فِي ضَمَانِ الْمَجْهُولِ

(ولا يصح ضمان) الدين (المجهول) قدره أو جنسه أو صفته، لأنه إثبات مال في الذمة بعقد فأشبه البيع، إلا في إبل دية فيصح ضمانها مع الجهل بصفتها: لأنها معلومة السن والعدد، ولأنه قد اغتفر ذلك في إثباتها في ذمة الجاني فيغتفر في الضمان، ويرجع في صفتها إلى غالب إبل البلد. (ولا) يصح ضمان (ما لم يجب)، كضمان ما سيقرضه زيداً، ونفقة الزوجة المستقبلة، وتسليم ثوب وهبه شخص ولم يتسلمه كما قاله في الروضة (إلا) ضمان (درك المبيع)[2] أو الثمن بعد قبض ما يضمن: كأن يضمن لمشتر الثمن أو لبائع المبيع إن خرج مقابله مستحقاً أو مبيعاً، ورد، أو ناقصاً لنقص صفة شرطت أو صنجة أي وزن، ورد، وذلك للحاجة إليه، وما وجه[3] به القول

---

(١) لا ينافي هذا قوله سابقاً نعم إن أذن له في الأداء بشرط الرجوع رجع لأنه هناك ضامن بلا إذن فلما وجد هناك سبب الأداء غير الإذن فيه وهو كون الأداء عن جهة الضمان الذي بلا إذن اعتبر شرط الرجوع، ومن ثم اشترط في رجوعه أيضاً الأداء عن جهة الإذن لا عن الضمان.

(٢) بفتح الراء وسكونها وهو بالجر بدل من ما أو بالنصب على الاستثناء وأصل الدرك التبعة أي المطالبة والمؤاخدة كما قاله الجوهري سمي بذلك لالتزامه الغرامة عند إدراك المستحق لعين ماله. ومعلوم أن المضمون هو الثمن أو المبيع لا نفس التبعة فالدرك هنا إما بمعنى الثمن والمبيع أو على حذف مضاف أي ذا درك وهو الحق الواجب للمشتري والبائع عند إدراك المبيع أو الثمن مستحقاً وهو الثمن أو المبيع. ووجه تسميته بالدرك كونه مضموناً بتقدير الدرك أي إدراك المستحق عين ماله ومطالبته به.

(٣) حاصل الجواب عنه من وجهين: الأول تسليم الاعتراض وأن هذا مستثنى. والثاني جواب بالمنع وأنه من ضمان ما وجب وثبت لكن باعتبار آخر الأمر عند خروج مقابل المضمون مستحقاً فالاعتراض ناظر للابتداء والظاهر والجواب ناظر للانتهاء ونفس الأمر.

. . . .

ببطلانه: من أنه ضمان ما لم يجب ـ أجيب(١) عنه بأنه إن خرج المقابل كما ذكر تبين وجوب رد المضمون، ولا يصح قبل قبض المضمون لأنه إنما يضمن ما دخل في ضمان البائع أو المشتري.

تتمة ـ لو صالح الضامن عن الدين المضمون بما دونه ـ كأن صالح على مائة ببعضها أو بثوب قيمته دونها ـ لم يرجع إلا بما غرمه لأنه الذي بذله، نعم لو ضمن ذمي(٢) لذمي ديناً على مسلم ثم تصالحا على خمر ـ لم يرجع، لتعلقها بالمسلم ولا قيمة للخمر عنده، وحوالة الضامن المضمون له ـ كالأداء في ثبوت الرجوع وعدمه، ولو ضمن اثنان ألفاً لشخص كان له مطالبة كل منهما(٣) بالألف، لأن كلاًّ منهما ضامن للألف، قاله المتولي.

---

(١) لا حاجة للجواب مع الاستثناء لأن المستثنى لا يرد نقضاً. الخروج مستحقاً إلا على القول بأن الفسخ يرفع العقد من أصله وهو ضعيف.

(٢) فرع: ضمن اثنان ديناً كان كل ضامناً لنصفه كما لو رهناه عليه شيئاً يكون كل منهما راهناً على النصف هذا هو المعتمد. والقول بأن كلاًّ ضامن للجميع كمسألة الرهن ضعيف مبني على ضعيف.
فرع: باع شيئاً لاثنين وشرط أن يكونا متضامنين أي يضمن كل منهما صاحبه لم يصح بخلاف عكسه وهو ما إذا اشترى شيئاً من اثنين. ولا يصح البيع سالماً وإن علم قدر الدلالة أي لأن الدلالة على البائع. ونقل عن شيخنا م ر الصحة في العلم وكأنها جزء من الثمن ونقل ذلك الحلبي على المنهج واعتمده وقرّره شيخنا ولو قالا ضمنا العشرة التي لك على زيد فكل ضامن لنصفها فقط على المعتمد. ولو ضمن أحدهما صاحبه وأدّى العشرة فليس له مطالبة الأصل إلا بخمسة فقط.

(٣) لأن قولهما ضمنا ما لك على زيد ليس معناه أنه يوزع علينا بل كل منا ضامن لجميعه فلو أداه أحدهما هل يغرم رفيقه نصفه؟ الظاهر لا. وكلام المتولي أحد وجهين والراجح عند م ر خلافه فيطالب كل منهما بالنصف فقط لأنه اليقين وشغل كل واحد بالزائد مشكوك فيه نعم إن قال كل منهما ضمنت الألف اتجه كلام المتولي اهـ م د ويمكن حمل كلامه على هذا.
فرع: وقع السؤال في الدرس عما يقع كثيراً في قرى الريف من ضمان دوابّ اللبن كالجاموس والبقر ما حكمه وما يجب فيه على الآخذ والمأخوذ منه. والجواب عنه أن الظاهر أن يقال فيه إن اللبن مقبوض بالشراء الفاسد وذات اللبن مقبوضة هي وولدها بالإجارة الفاسدة فإن ما يدفعه الآخذ للدابة من الدراهم والعلف في مقابلة اللبن والانتفاع بالبهيمة في الوصول إلى اللبن؛ فاللبن =

فَصْــلٌ

وَالْكَفَالَةُ بِالْبَدَنِ جَائِزَةٌ إِذَا كَانَ عَلَى المَكْفُولِ بِهِ حَقٌّ لآدَمِيٍّ.

(فَصْــلٌ) فِي كَفَالَةِ البَدَنِ

وتسمى أيضاً كفالة الوجه(١).

وهي ـ بفتح الكاف ـ اسم لضمان الإحضار دون المال.

(والكفالة بالبدن) أي ببدن من يستحق حضوره مجلس الحكم عند(٢) الاستدعاء (جائزة إذا كان على المكفول به حق) لله تعالى أو حق (لآدمي) للحاجة إلى ذلك، واستؤنس لها بقوله تعالى حكاية عن يعقوب عليه السلام: ﴿لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقاً مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ﴾ [يوسف: ٦٦] بخلاف عقوبة الله تعالى، وإنما تصح كفالة بدن من ذكر بإذنه ولو بنائبه، ولو كان من ذكر صبياً أو مجنوناً بإذن وليه أو محبوساً وإن تعذر تحصيل الغرض في الحال، أو ميتاً قبل دفنه ليشهد على صورته إذا تحمل الشاهد عليه كذلك، ولم يعرف اسمه ونسبه، قال في المطلب: ويظهر اشتراط إذن الوارث إذا اشترطنا إذن المكفول، وظاهر أن محله فيمن يعتبر إذنه وإلا فالمعتبر إذن وليه، فإن كفل بدن من عليه مال شرط لزومه لا علم به، لعدم لزومه للكفيل، وكالبدن الجزء الشائع: كثلثه والجزء الذي لا يعيش بدونه كرأسه، ثم إن عين محل تسليم في الكفالة ـ فذاك، وإلا تعين محلها، كما في السلم فيهما، ويبرأ الكفيل بتسليم المكفول في محل التسليم المذكور بلا حائل، كتسليمه نفسه عن الكفيل، فإن غاب لزمه إحضاره إن أمكن: بأن عرف محله، وأمن الطريق، ولا حائل ولو كان بمسافة القصر، ويمهل مدة إحضاره: بأن يمهل مدة ذهابه وإيابه على العادة، وظاهر أنه إن كان السفر طويلاً أمهل مدة إقامة المسافة وهي ثلاثة أيام غير يومي الدخول والخروج، ثم إن مضت المدة المذكورة ولم يحضره حبس إلا أن يتعذر إحضار

= مضمون على الآخذ بمثله والبهيمة وولدها أمانتان كسائر الأعيان المستأجرة فإن تلفت هي أو ولدها بلا تقصير لم يضمن أو بتقصير ضمن ع ش على م ر.

(١) لعل وجه التسمية بذلك أنه كنى بالوجه عن الذات.

(٢) أي الطلب وفي نسخة الاستعداء أي الطلب من مسافة العدوى.

فَصْـلٌ

المكفول بموت أو غيره، أو يوفي الدين فإن وفاه ثم حضر المكفول قال الإسنوي: فالمتجه أن له الاسترداد، ولا يطالب كفيل بمال ولا عقوبة ـ وإن فات التسليم بموت أو غيره ـ لأنه لم يلتزمه، ولو شرط أنه يغرم المال ولو مع قوله إن فات التسليم للمكفول لم تصح الكفالة؛ لأن ذلك خلاف مقتضاها.

(فَصْـلٌ) فِي الـشَّرِكَةِ[1]

وهي ـ بكسر الشين وإسكان الراء، وبفتح الشين مع كسر الراء وإسكانها ـ لغة ـ الاختلاط. وشرعاً: ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع. هذا، والأولى أن يقال: هي عقد يقتضي ثبوت ذلك.

والأصل فيها قبل الإجماع خبر السائب بن يزيد «أَنَّهُ كَانَ شَرِيكَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَبْلَ الْمَبْعَثِ، وَافْتَخَرَ بِشَرِكَتِهِ بَعْدَ الْمَبْعَثِ» وخبر: «يَقُولُ اللَّهُ[2]: أنا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ[3] مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، فَإِذَا خَانَهُ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهما»[4] والمعنى أنا معهما بالحفظ والإعانة، فأمدهما بالمعونة في أموالهما، وأنزل البركة في تجارتهما، فإذا وقعت بينهما الخيانة رفعت البركة والإعانة عنهما، وهو معنى «خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا».

[القَوْلُ فِي أَنْوَاعِ الشَّرِكَة وَمَا يَجُوزُ مِنْهَا]

وهي أربعة أنواع: شركة أبدان[5]: بأن يشترك اثنان ليكون بينهما كسبهما ببدنهما

---

(١) فصل في الشركة: وجه مناسبتها للضمان ضمان أحد الشريكين في بعض الصور.

(٢) هذا يقال له حديث قدسي نسبة إلى القدس وهو الطهارة وسميت تلك الأحاديث بذلك لنسبتها له جلّ وعلا حيث أنزل ألفاظها كالقرآن لكن تخالفه من جهة كون إنزالها ليس للإعجاز، وأما غير القدسية فأوحى إليه معانيها وعبر عنها بألفاظ من عند نفسه.

(٣) أي ورابع الثلاثة وخامس الأربعة وهكذا وهذا من المتشابه فمذهب السلف يفوّضون علمه إلى الله تعالى والخلف يؤوّلونه بما في الشرح وطريقة السلف أسلم.

(٤) أخرجه أبو داود ٣/ ٦٧٧ (٣٣٨٣).

(٥) جوّزها أبو حنيفة مطلقاً اتحدت الحرفة أواختلفت. ومالك إن اتحدت الحرفة. ومذهبنا بطلانها عليه فمن انفرد بشيء فهو له وما اشتركا فيه يوزع بينهما على نسبة أجرة المثل.

وَلِلشَّرِكَةِ خَمْسُ شَرَائِطَ: أَنْ تَكُونَ عَلَى نَاضٍّ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ،

وشركة مفاوضة ليكون بينهما كسبهما ببدنهما أو مالهما[١] وعليهما ما يعرض من غرم. وشركة وجوه: بأن يشتركا ليكون بينهما ربح ما يشتريانه بمؤجل أو حال لهما، ثم يبيعانه وشركة عنان ـ بكسر العين على المشهور ـ من عن الشيء ظهر[١] وهي الصحيحة، ولهذا اقتصر المصنف عليها، دون الثلاثة الباقية، فباطلة، لأنها شركة في غير مال: كالشركة في احتطاب واصطياد، ولكثرة الغرر فيها لا سيما شركة المفاوضة، نعم إن نويا[٢] بالمفاوضة ـ وفيها مال شركة العنان صحت. وأركان شركة العنان خمسة: عاقدان، ومعقود عليه، وعمل، وصيغة.

ذكر المصنف بعضها وذكر شروطاً خمسة فقال: (وللشركة) المذكورة (خمس شرائط) والخامس منها على وجه ضعيف[٤]، وهو المبدوء به في كلامه بقوله: (أن تكون على ناض) أي مضروب (من الدراهم والدنانير) لا على التبر[٥] والسبائك ونحو ذلك من أنواع المثلي، والأصح صحتها في كل مثلي: أما النقد الخالص ـ فبالإجماع،

---

(١) أي فقط وتفارق شركة العنان بالشرط الذي بعده وأو مانعة خلوّ فتصدق بالمال والبدن معاً وحكم ذلك أنه إذا كان هناك مال من غير خلط فظاهر أن مال كل له ومع الخلط يكون الزائد على قدر المالين بينهما على قدر المالين ويرجع كل على الآخر بأجرة عمله وإن كان مع المال كسب مخلوط فكذلك.

(٢) لظهورها بصحتها فهي أظهر الأنواع أو لأنه ظهر لكل من الشريكين مال الآخر أو من عنان الدابة لاستواء الشريكين فيها من نحو الولاية والربح والسلامة من الغرر كاستواء طرفي العنان أو لمنع كل منهما الآخر لما يشتهي كمنع العنان الدابة.

(٣) أي إن وجد خلط المالين بشرطه فيصير لفظ المفاوضة كناية عن شركة العنان أي بشرط أن لا يقولا فيها وعلينا غرم ما يعرض نعم إن قصدا بقولهما وعلينا غرم ما يعرض مما يكون بسبب الشركة لم يضر اهـ وهذا أعني قوله نعم الخ استدراك على قوله فباطلة وكان الأولى أن يقول نعم إن وجدت الشروط في شركة المفاوضة صحت إذ النية ليست كافية.

(٤) الأولى أن يقول والأول منها على وجه ضعيف لأن الضعيف هو الأول ويمكن أنه أطلق عليه خامساً بالنظر لانضمامه للأربعة وإن كان هو أو لا. ويمكن عدم ضعفه بأن يفصل في المفهوم وإذا كان فيه تفصيل فلا اعتراض به كما في الأصول.

(٥) قال ابن فارس التبر ما كان من الذهب والفضة غير مضروب.

أَنْ يَتَّفِقَا فِي الجِنْسِ وَالنَّوْعِ، وَأَنْ يَخْلِطَا المَالَيْنِ

وأما المغشوش ـ ففيه وجهان أصحهما كما في زوائد الروضة ـ جوازه إن استمر رواجه، وأما غير النقد من المثليات كالبر والشعير والحديد فعلى الأظهر؛ لأنه إذا اختلط بجنسه ارتفع التمييز فأشبه النقدين، ومن المثلي تبر الدراهم والدنانير فتصح الشركة فيه، فما أطلقه الأكثرون هنا من منع الشركة فيه ـ ولعل منهم المصنف[1] ـ مبني على أنه متقوم كما نبه عليه في أصل الروضة، وهي لا تصح في المتقوم[2]، إذ لا يمكن الخلط في المتقومات لأنها أعيان متميزة، وحينئذ قد يتلف مال أحدهما أو ينقص فلا يمكن قسمة الآخر بينهما.

إذا علمت ذلك فالمعتمد حينئذ أن الشروط أربعة فقط: الأول منها ـ (أن يتفقا) أي المالان (في الجنس والنوع) دون القدر إذ لا محذور في التفاوت فيه؛ لأن الربح والخسران على قدرهما.

(و) **الثاني** ـ (أن يخلطا المالين) بحيث لا يتميزان، لما مر في امتناع المتقوم، ولا بد من كون الخلط قبل العقد، فإن وقع بعده ولو في المجلس لم يكف، إذ لا اشتراك حال العقد، فيعاد العقد بعد ذلك، ولا يكفي الخلط مع إمكان التمييز لنحو اختلاف جنس: كدراهم ودنانير أو صفة: كصحاح ومكسرة، وحنطة جديدة وحنطة عتيقة، أو بيضاء وسوداء لإمكان التمييز وإن كان فيه عسر.

تنبيه ـ قضية كلام المصنف أنه لا يشترط تساوي المثلثين في القيمة وهو كذلك، فلو خلطا قفيزاً[3] مقوماً بمائة بقفيز مقوم بخمسين ـ صح، وكانت الشركة أثلاثاً بناء

---

(١) لعله لم يجزم أي مع أن مفهوم كلامه يدل على أنه منهم لاحتمال أن يكون المفهوم فيه تفصيل عند المصنف رحمه الله تعالى كأن يقول وخرج بالناض غيره فإن كان تبراً أو حلياً أو سبائك صحت الشركة فيه وإلا فلا فتأمل ذلك فإنه نفيس.

(٢) سيأتي أنه إذا كان مشاعاً صحت الشركة عليه وهو مأخوذ من التعليل المذكور فإن المشاع أقوى من المثلي إذا اختلط لأن كل جزء منه مشترك كما سيأتي فقوله لا تصح في المتقوّم أي في غير ما سيأتي.

(٣) قال الشاطبي: القفيز مكيال بقدر ثمانية مكاكيك جمع مكوك اهـ والمكوك كما في المصباح مكيال وهو صاعان ونصف فيؤخذ من هذا أن القفيز عشرون صاعاً وقد ذكر العلامة الفارضي في شرح =

وَأَنْ يَأْذَنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ فِي التَّصَرُّفِ،

على قطع النظر في المثلي عن تساوي الأجزاء في القيمة، وإلا فليس هذا القفيز مثلاً لذلك القفيز وإن كان مثلياً في نفسه، ولو كان كل منهما يعرف ماله بعلامة لا يعرفها غيره ولا يتمكن من التمييز ـ هل تصح الشركة نظراً إلى حال الناس، أو لا نظراً إلى حالهما؟ قال في البحر: يحتمل وجهين، انتهى، والأوجه عدم الصحة؛ أخذاً من عموم كلام الأصحاب، ومحل هذا الشرط ـ إن أخرجا مالين وعقدا فإن كان ملكاً مشتركاً مما تصح فيه الشركة أولا: كالعروض بإرث وشراء وغيرهما وأذن كل منهما للآخر في التجارة ـ تمت الشركة، لأن المعنى المقصود بالخلط حاصل، ومن الحيلة في الشركة في المتقومات: أن يبيع أحدهما بعض عرضه ببعض عرض الآخر: كنصف بنصف أو ثلث بثلثين ثم يأذن له بعد التقابض وغيره مما شرط في البيع ـ في التصرف، لأن المقصود بالخلط حاصل بل ذلك أبلغ من الخلط لأن ما من جزء هنا إلا وهو مشترك بينهما، وهناك ـ وإن وجد الخلط ـ فإن مال كل واحد متميز عن مال الآخر، وحينئذ فيملكانه بالسوية إن بيع نصف بنصف، فإن بيع ثلث بثلثين لأجل تفاوتهما في القيمة ملكاه على هذه النسبة.

(و) **الثالث** ـ (أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف) بعد الخلط، وفي هذا الشرط إشارة إلى الصيغة ـ وهي ما يدل على الإذن من كل منهما للآخر في التصرف لمن يتصرف: من كل منهما أو من أحدهما، لأن المال المشترك لا يجوز لأحد الشريكين التصرف فيه إلا بإذن صاحبه، ولا يعرف الإذن إلا بصيغة تدل عليه، فإن قال أحدهما للآخر «اتجر» أو «تصرف» اتجر في الجميع فيما شاء، ولو لم يقل «فيما شئت» كالقراض، ولا يتصرف القائل إلا في نصيبه ما لم يأذن له الآخر فيتصرف في الجميع أيضاً، فإن شرط أن لا يتصرف أحدهما في نصيب نفسه لم يصح العقد لما فيه من الحجر على المالك في ملكه، فلو اقتصر كل منهما على «اشتركنا» لم

= الألفية ما يفهم منه أن القفيز هو المعبر عنه في مصرنا بالإردب وذكر أن القفيز لغة أهل العراق لكن أهل مصر اصطلحوا على تجزئة الأشياء أربعة وعشرين وأهل العراق عشرين.

وَأَنْ يَكُونَ الرِّبْحُ وَالْخُسْرَانُ عَلَى قَدَرِ الْمَالَيْنِ،

يكف الإذن المذكور[(١)]، ولم يتصرف كل منهما إلا في نصيبه لاحتمال كون[(٢)] ذلك إخباراً عن حصول الشركة في المال، ولا يلزم من حصولها جواز التصرف، بدليل المال الموروث شركة.

(و) **الرابع** - (أن يكون الربح والخسران[(٣)] على قدر المالين) باعتبار القيمة، لا الأجزاء، سواء شرطا ذلك أم لا، تساوى الشريكان في العمل أم تفاوتا فيه، لأن ذلك ثمرة المالين فكان ذلك على قدرهما، كما لو كان بينهما شجرة فأثمرت أو شاة فنتجت، فإن شرطا خلافه: بأن شرطا التساوي في الربح والخسران مع التفاضل في المالين أو التفاضل في الربح والخسران مع التساوي في المالين - فسد العقد، لأنه مخالف لموضوع الشركة. ولو شرطا زيادة الربح للأكثر منهما عملاً - بطل الشرط، كما لو شرطا التفاوت في الخسران، فيرجع كل منهما على الآخر بأجرة عمله في مال الآخر: كالقراض إذا فسد[(٤)]. وتنفذ التصرفات منهما لوجود الإذن، والربح بينهما على قدر المالين، ويتسلط كل منهما على التصرف إذا وجد الإذن من الطرفين بلا

---

(١) محله كما قاله.

(٢) لا يقال هذا الاحتمال جار في صيغ العقود من البيع وغيرها وجعلوها في غير هذا المحل من الصرائح فإذا قال بعتك ذا بكذا فقبل انعقد بيعاً مع أن قوله بعتك ذا الخ محتمل للإخبار عن بيع سبق. لأنا نقول لما كانت الشركة مشتركة شرعاً بين مجرد ثبوت الحق وبين العقد المفيد لذلك فإذا قال اشتركنا ولم يزد احتمل الشركة التي هي ثبوت الحق ولو بإرث احتيج إلى الإذن للانصراف إلى العقد.

(٣) ومنه ما يدفع للرصدي والمكاس ومثله ما لو سرق المال واحتاج في رده إلى مال على الأظهر لأنه كأنه نشأ عن الشركة فيساوي ما يدفع للمكاس ونحوه وليس مثل ذلك ما يقع كثيراً من سرقة الدواب المشتركة ثم إن أحد الشريكين يغرم على عودها من مال نفسه فلا يرجع بما غرمه على شريكه لأنه متبرّع بمادفعه،ولو استأذن القاضي في ذلك لم يجز له الإذن لأن أخذ المال على ذلك ظلم والحاكم لا يأذن به وليس القصد من شركة الدواب غرماً ولا هو معتاد بخلاف الشركة التي الكلام فيها يصرف ما يحتاج إليه كأجرة دلال.

(٤) قضية التشبيه أنه إذا علم بالفساد وأنه لا أجرة له أنه لا شيء له وهذا ضعيف فالمعتمد استحقاق الأجرة وإن علم بالفساد.

وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُهَا مَتَى شَاءَ، وَمَتَى مَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ جُنَّ بَطَلَتْ.

ضرر[١] فلا يبيع نسيئة[٢] للغرر، ولا بغير نقد البلد، ولا يشتري بغبن، ولا يسافر بالمال المشترك لما في السفر من الخطر، فإن سافر ضمن، فإن باع ـ صح البيع، وإن كان ضامناً، ولا يدفعه لمن يعمل فيه، لأنه لم يرض بغير يده، فإن فعل ضمن، هذا كله إذا فعله بغير إذن شريكه، فإن أذن له في شيء مما ذكر ـ جاز.

ويشترط في العاقد أهلية توكيل وتوكل، لأن كلاً منهما وكيل عن الآخر فإن كان أحدهما هو المتصرف ـ اشترط فيه أهلية التوكل، وفي الآخر أهلية التوكيل فقط: حتى يجوز كونه أعمى كما قاله في المطلب.

[القَوْلُ فِي: الشَّرِكَةُ عَقْدٌ جَائِزٌ]

(ولكل واحد منهما) أي الشريكين (فسخها) أي الشركة (متى شاء) ولو بعد التصرف، لأنها عقد جائز من الجانبين، وينعزلان عن التصرف بفسخ كل منهما، فإن قال أحدهما للآخر: «عزلتك» أو «لا تتصرف في نصيبي» لم ينعزل العازل، فيتصرف في نصيب المعزول (ومتى مات أحدهما أو جن) أو أغمي عليه أو حجر عليه بسفه (بطلت) أي انفسخت، لما مر أنها عقد جائز من الجانبين. واستثني في البحر إغماء لا يسقط به فرض صلاة، فلا فسخ به لأنه خفيف، وظاهر كلام الأصحاب يخالفه.

تتمة ـ يد الشريك يد أمانة كالمودع والوكيل، فيقبل قوله في الربح والخسران، وفي التلف: إن ادعاه بلا سبب، أو بسبب خفي: كالسرقة، فإن ادعاه بسبب ظاهر كحريق ـ طولب ببينة بالسبب، ثم بعد إقامتها يصدق في التلف به بيمينه، فإن عرف

---

(١) تبع فيه المنهاج وهو يقتضي جواز البيع بثمن المثل مع وجود راغب بأزيد وليس كذلك كما في شرح المنهج وعبارته وشرط في العمل مصلحة فلا يبيع بثمن مثل وثم راغب بأزيد ثم قال وتعبيري بمصلحة أولى من قوله بلا ضرر لاقتضائه جواز البيع بثمن المثل مع وجود راغب بزيادة فلو عبر الشارح بالمصلحة لكان أولى.

(٢) في هذه الثلاثة يصح البيع في حصته دون حصة شريكه إلا في مسألة السفر إذا خالف وسافر وباع يصح في الكل.

فَصْـلٌ

الحريق دون عمومه صدق بيمينه، أو وعمومه صدق بلا يمين[١]، ولو قال من في يده المال «هو لي» وقال الآخر «هو مشترك» أو قال من في يده المال «هو مشترك» وقال الآخر «هو لي» صدق صاحب اليد بيمينه، لأنها تدل على الملك. ولو قال صاحب اليد «اقتسمنا وصار ما في يدي لي» وقال الآخر «بل هو مشترك» صدق المنكر بيمينه، لأن الأصل عدم القسمة. ولو اشترى أحدهما شيئاً وقال «اشتريته للشركة» أو «لنفسي» وكذبه الآخر صدق المشتري لأنه أعرف بقصده.

(فَصْـلٌ) فِي الـوكَالَةِ

وهي بفتح الواو وكسرها لغة التفويض، يقال: وكّل أمره إلى فلان؛ فوضه إليه واكتفى به، ومنه «توكلت على الله» وشرعاً: تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته.

والأصل فيها من الكتاب العزيز قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٣٥].

---

(١) أي ما لم يتهم وإلا حلف.

فرع: سئل ابن أبي شريف عن الدابة إذا كانت مشتركة بين اثنين وهي تحت يد أحدهما وتلفت بموت أو سرقة أو يد عادية أو بتفريط هل يكون ضامناً لحصة شريكه أو يده يد أمانة. فأجاب بما نصه: إذا تلفت الدابة تحت يد أحد الشريكين فإن كانت يده بإذن من شريكه وأذن في الاستعمال فهي عارية مضمونة ضمان العواري وإن كان استعمالها بغير إذن من شريكه فهي مضمونة ضمان الغصب وكذلك إذا كانت تحت يده بغير إذن شريكه ولم يستعملها فإن كانت تحت يد الشريك بإذنه من غير إذن في الاستعمال ولم يستعملها فهي أمانة جزماً لا تضمن إلا إذا قصر ولو كانت تحت يده وقال: اعلفها في نظير ركوبها مثلاً فهي إجارة فاسدة فلا ضمان عليه إذا تلفت من غير تقصير. ولو كان بين الشريكين مهايأة واستعمل كل في نوبته فلا ضمان لأن هذه تشبه الإجارة وينبغي أن مثل شرط علفها عليه ما جرت به العادة من أن أحد الشريكين إذا دفع الدابة المشتركة لشريكه لتكون تحت يده ولم يتعرض للعلف لا إثباتاً ولا نفياً فإذا تلفت تحت يد من هي عنده بلا تقصير لم يضمن ولا رجوع له عليه بما علف، وإن لم ينتفع بالدابة كأن كانت صغيرة لأنه متبرّع بالعلف وإن قال قصدت الرجوع لأنه كان من حقه مراجعة المالك إن تيسر وإلا راجع الحاكم. =

وَكُلُّ مَا جَازَ لِلإِنْسَانِ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِنَفْسِهِ جَازَ لَهُ أَنْ يُوَكِّلَ فِيهِ

ومن السنة أحاديث، منها خبر الصحيحين أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «بَعَثَ السُّعَاةَ لأَخْذِ الزَّكَاةِ».

[القَوْلُ فِي أَرْكَانِ الوَكَالَةِ]

وأركانها أربعة: موكل، ووكيل، وموكل فيه، وصيغة.

وبدأ المصنف بالموكل فقال: (وكل ما جاز للإنسان التصرف فيه بنفسه). بملك أو ولاية (جاز له أن يوكل فيه) غيره، لأنه إذا لم يقدر على التصرف بنفسه فبنائبه أولى، وهذا في الغالب، وإلا فقد استثني منه مسائل طرداً[1]، وعكساً فمن الطرد الظافر بحقه فلا يوكل في كسر الباب وأخذ حقه وكوكيل قادر، وعبد مأذون له، وسفيه مأذون له في نكاح، ومن العكس كأعمى يوكل في تصرف وإن لم تصح مباشرته له،

= فرع: إذا باع أحد الشريكين نصيبه وسلم المبيع للمشتري من غير إذن الشريك صارا ضامنين والقرار على من تلفت تحت يده وهو المشتري.

فرع: جماعة مشتركون في بهائم وحبوب وزرع وغيرها ويتصّرف بعضهم في ذلك ببيع وحج وزواج وبعضهم يكتسب دون بعض. وحاصل ما يقال في ذلك أنّ تصرف واحد منهم من غير إذن شركائه باطل في نصيبهم نافذ في نصيبه. فإن كان بإذنهم صحّ تصرفه في الجميع وإذا تزوّج أو حج أحدهم بغير إذنهم حسب عليه حصتهم وإذا حصل من أحدهم كسب فهو له وحده وإذا حصل من كل واحد منهم كسب وتميز فهو لكاسبه فإن لم يتميز قسم ما حصل من الكسب بينهم على السوية حيث تساووا في الكسب، فلو حصل نتاج من البهائم وحبوب كثيرة من الزرع الذي أصله من الحب المشترك بينهم قسم ذلك بينهم بقدر أنصبائهم وإذا حصل من أحدهم زرع ورعي بهائم وحصاد ودراس مثلاً في المال المشترك فإن كان مطلق التصرف فلا شيء له لأنه متبرع بعمله وإن كان غير مطلق التصرف فله مثل أجرة عمله. وكذلك حكم الولد مع أبيه فإن كان له كسب متميز فهو له ومثل الإذن ما لو دلت قرينة ظاهرة على الرضا كأن يشتري مع مريد الحج أو الزواج حوائج سفر الحج والزواج.

(١) أي منطوقاً وهو التلازم في الثبوت وعكساً أي مفهوماً وهو التلازم في الانتفاء وقوله فمن الطرد أي فالمستثنى من الطرد وكذا يقال في قوله ومن العكس وطرداً وعكساً منصوبان على التمييز المحوّل عن المضاف أي من طرده وعكسه فحذف المضاف إليه ثم أتي به وجعل تمييزاً.

. . . .

للضرورة وكمحرم يوكل حلالاً في النكاح بعد التحلل، فيصح توكيل ولي عن نفسه أو موليه: من صبي أو مجنون وسفيه، لصحة مباشرته له.

وسكت المصنف عن شرط الموكل فيه، وشرطه: أن يملكه الموكل حين التوكيل: فلا يصح التوكيل فيما لا يملكه، وما سيملكه. وطلاق من سينكحها؛ لأنه لا يباشر ذلك بنفسه فكيف يستنيب غيره إلا تبعاً، فيصح التوكيل ببيع ما لا يملكه تبعاً للمملوك كما نقل عن الشيخ أبي حامد وغيره، ويشترط أن يقبل نيابة، فيصح التوكيل في كل عقد كبيع وهبة وكل فسخ كإقالة ورد بعيب، وقبض وإقباض، وخصومة من دعوى وجواب، وتملك مباح كإحياء واصطياد، واستيفاء عقوبة لا في إقرار؛ فلا يصح التوكيل فيه، ولا في التقاط، ولا في عبادة كصلاة إلا في نسك من حج أو عمرة ودفع نحو زكاة: ككفارة وذبح نحو أضحية: كعقيقة ولا يصح في شهادة إلحاقاً لها بالعبادة، ولا في نحو ظهار كقتل[1]، ولا في نحو يمين كإيلاء، ولا بد أن يكون الموكل فيه معلوماً ولو من وجه: كوكلتك في بيع أموالي وعتق أرقائي، لا في نحو كل أموري ككل قليل وكثير وإن كان تابعاً لمعين. والفرق بينه وبين ما مر بأن التابع ثم ـ معين بخلافه هنا، ويجب في توكيله في شراء عبد ـ بيان نوعه كتركي، وفي شراء دار ـ محلة وسكة، ولا يجب بيان ثمن في المسألتين؛ لأن غرض الموكل قد يتعلق بواحد من ذلك: نفيساً كان ذلك أو خسيساً، ثم محل بيان ما ذكر إذا لم يقصد التجارة، وإلا فلا يجب بيان شيء من ذلك.

---

(١) أي من غير حق بأن يقول وكلتك في أن تقتل عني فلاناً ظلماً بخلاف ما لو كان بحق فإنه يصح التوكيل كما تقدّم فإن وكل في القصاص ثم عفا قبل القتل فقتله الوكيل جاهلاً فالدية على الوكيل دون الموكل لأنه محسن بالعفو فلا غرم عليه. وقوله فالدية على الوكيل زجراً له في توكله في القتل اهـ. وصورة الظهار أن يقول أنت على موكلي كظهر أمه أو جعلت موكلي مظاهراً منك لأنه معصية بأصل الشرع وهي لا تقبل النيابة. والقاعدة أن ما كان معصية بأصل الشرع لا يقبل النيابة وما كان معصية لا بأصل الشرع بل لعارض فإنه يقبل النيابة فمن الأوّل القتل والقذف والسرقة لأن أحكامها تختص بمرتكبها لأن كل شخص بعينه مقصود بالامتناع منها ومن الثاني البيع بعد نداء الجمعة والطلاق في الحيض لأن الإثم فيه لمعنى خارج.

أَوْ يَتَوَكَّلَ فِيهِ عَنْ غَيْرِهِ.

وأشار إلى الوكيل بقوله: (أو يتوكل فيه عن غيره) فأو هنا تقسيمية: أي شرط الوكيل صحة مباشرته التصرف المأذون فيه لنفسه، وإلا فلا يصح توكله، لأنه إذا لم يقدر على التصرف لنفسه فلغيره أولى، فلا يصح توكيل صبي ومجنون ومغمى عليه، ولا توكيل امرأة في نكاح، ولا محرم ليعقده في إحرامه وهذا في الغالب، وإلا فقد استثني من ذلك مسائل منها المرأة فتتوكل في طلاق غيرها، ومنها السفيه والعبد فيتوكلان في قبول النكاح بغير إذن الولي والسيد، لا في إيجابه، ومنها الصبي المأمون فيتوكل في الإذن في دخول دار وإيصال هدية وإن لم تصح مباشرته له بلا إذن، ويشترط تعيين الوكيل، فلو قال لاثنين: «وكلت أحدكما في بيع كذا» لم يصح، نعم لو قال: «وكلتك في بيع كذا مثلاً وكل مسلم» صح كما بحثه بعض المتأخرين، وعليه العمل.

وشرط في الصيغة من موكل ولو بنائبه: ما يشعر برضاه، كوكلتك في كذا، أو بع كذا، كسائر العقود، والأول إيجاب والثاني قائم مقامه، وأما الوكيل فلا يشترط قبوله لفظاً[1] أو نحوه، إلحاقاً للتوكيل بالإباحة، وأما قبوله معنى - وهو عدم رد الوكالة - فلا بد منه، فلو رد فقال: لا أقبل أو لا أفعل بطلت، ولا يشترط في القبول هنا الفور ولا المجلس، ويصح توقيت الوكالة نحو «وكلتك في كذا إلى رجب» وتعليق التصرف نحو «وكلتك الآن في بيع كذا» أو «لا تبعه حتى يجيء رمضان» لا تعليق الوكالة نحو «إذا جاء شعبان فقد وكلتك في كذا» فلا يصح كسائر العقود؛ لكن ينفذ تصرفه بعد وجود المعلق عليه للإذن فيه.

---

(١) قضيته اشتراط الإيجاب وليس مراداً فالأولى ويشترط اللفظ من أحد الطرفين والفعل من الآخر كما في العارية. وعبارة المدابغي عليه لكن لا يشترط أي في وكالة بغير جعل القبول لفظاً بل الشرط أن لا يرد فالشرط اللفظ من أحد الجانبين والفعل من الآخر وقد يشترط القبول لفظاً كما كان له عين مؤجرة أو معارة أو مغصوبة فوهبها لآخر وأذن له في قبضها فوكل الموهوب له من هي بيده من المستأجر أو المستعير أو الغاصب في قبضها له لا بد من قبوله لفظاً لتزول يده عنها به ولا يكتفي بالفعل وهو الإمساك لأنه استدامة لما سبق فلا دلالة فيه على الرضا بقبضه.

وَالْوَكَالَةُ عَقْدٌ جَائِزٌ.
وَلِكُلِّ وَاحِدٍ فَسْخُهَا مَتَى شَاءَ، وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا.
وَالْوَكِيلُ أَمِينٌ فِيمَا يَقْبِضُهُ، وَفِيمَا يَصْرِفُهُ، وَلَا يَضْمَنُ إِلَّا بِالتَّفْرِيطِ.

[القَوْلُ فِي: الْوَكَالَةُ عَقْدٌ جَائِزٌ]

(و) الوكالة ولو بجعل غير لازمة من جانب الموكل والوكيل. فيجوز (لكل واحد) منهما (فسخها متى شاء) ولو بعد التصرف، سواء تعلق بها حق ثالث كبيع المرهون أم لا (وتنفسخ) حكماً (بموت أحدهما) وبجنونه وإغمائه، وشرعاً بعزل أحدهما: بأن يعزل الوكيل نفسه، أو يعزله الموكل، سواء أكان بلفظ العزل أم لا: كفسخت الوكالة أو أبطلتها أو رفعتها، وبتعمده إنكارها بلا غرض له فيه، بخلاف إنكاره لها نسياناً أو لغرض كإخفائها من ظالم، وبطرو رق وحجر كحجر سفه أو فلس عما لا ينفذ ممن اتصف بها، وبفسقه فيما فيه العدالة شرط كوكالة النكاح والوصاية، وبزوال ملك، موكل عن محل التصرف أو منفعته كبيع ووقف لزوال الولاية وإيجار ما وكل في بيعه، ومثله تزويجه ورهنه مع قبض لإشعارها بالندم على التصرف، بخلاف نحو العرض على البيع.

[القَوْلُ فِي ضَمَانِ الوَكِيلِ]

(والوكيل) ولو بجعل (أمين فيما يقبضه) لموكله (وفيما يصرفه) من مال موكله عنه (ولا يضمن) ما تلف في يده من مال موكله (إلا بالتفريط) في حقه كسائر الأمناء.

تنبيه ـ لو عبر بالتعدي لكان أولى، لأنه يلزم من التعدي التفريط، ولا عكس، لاحتمال نسيان ونحوه ويصدق بيمينه في دعوى التلف والرد على الموكل، لأنه ائتمنه، بخلاف دعوى الرد على غير الموكل كرسوله، وإذا تعدى ـ كأن ركب الدابة أو لبس الثوب تعدياً، ضمن كسائر الأمناء، ولا ينعزل، لأن الوكالة إذن في التصرف، والأمانة حكم يترتب عليها، ولا يلزم من ارتفاعه بطلان الإذن، بخلاف الوديعة فإنها محض ائتمان، فإذا باع وسلم المبيع زال الضمان عنه؛ ولا يضمن الثمن؛ ولو رد المبيع عليه بعيب عاد الضمان.

وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ إِلاَّ بِثَلاَثَةِ شَرَائِطَ:
أَنْ يَبِيعَ بِثَمَنِ الْمِثْلِ، نَقْداً، بِنَقْدِ الْبَلَدِ.

[الْقَوْلُ فِي تَصَرُّفِ الْوَكِيلِ]

(ولا يجوز) للوكيل (أن يبيع ويشتري) بالوكالة المطلقة (إلا بثلاثة شرائط):

الأول ـ أن (يبيع بثمن المثل) إذا لم يجد راغباً بزيادة عليه، فإن وجده فهو كما لو باع بدونه، فلا يصح إذا كان بغبن فاحش ـ وهو: ما لا يحتمل غالياً ـ بخلاف اليسير ـ وهو ما يحتمل غالياً فيغتفر، فبيع ما يساوي عشرة بتسعة محتمل، وبثمانية غير محتمل.

والثاني: كون الثمن (نقداً) أي حالاً؛ فلا يبيع نسيئة.

والثالث: أن يبيع (بنقد البلد) أي بلد البيع، لا بلد التوكيل؛ فلو خالف فباع على غير أحد هذه الأنواع وسلم المبيع ضمن بدله لتعديه بتسليمه ببيع فاسد، فيسترده إن بقي، وله بيعه بالإذن السابق، ولا يضمن ثمنه، وإن تلف المبيع غرم الموكل بدله من شاء من الوكيل والمشتري والقرار عليه.

تنبيه ـ لو كان بالبلد نقدان لزمه البيع بأغلبهما فإن استويا في المعاملة باع بأنفعهما للموكل، فإن استويا تخير بينهما، فإذا باع بهما قال الإمام: فيه تردد للأصحاب، والمذهب الجواز، ولو وكله لبيع مؤجلاً صح وإن أطلق الأجل، وحمل مطلق أجل على عرف في المبيع بين الناس، فإن لم يكن عرف راعى الوكيل الأنفع للموكل، ويشترط الإشهاد، وحيث قدر الأجل اتبع الوكيل ما قدره الموكل، فإن باع بحال أو نقص عن الأجل كأن باع إلى شهر ما قال الموكل بعه إلى شهرين ـ صح البيع إن لم ينهه الموكل ولم يكن عليه فيه ضرر كنقص ثمن أو خوف أو مؤنة حفظ، وينبغي ـ كما قال الإسنوي ـ حمله على ما إذا لم يعين المشتري، وإلا فلا يصح لظهور قصد المحاباة.

فرع ـ لو قال لوكيله «بع هذا بكم شئت» فله بيعه بغبن فاحش. لا بنسيئه ولا بغير نقد البلد، أو «بما شئت» أو «بما تراه» فله بيعه بغير نقد البلد، لا بغبن ولا بنسيئة،

وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ مَنْ نَفْسِهِ، وَلاَ يُقِرَّ عَلَى مُوَكِّلِهِ إِلاَّ بِإِذْنِهِ.

أو «بكيف شئت»، فله بيعه بنسيئة، لا بغبن ولا بغير نقد البلد أو «بما عز وهان» فله بيعه بعرض وغبن لا بنسيئة، وذلك لأن «كم» للعدد فشمل القليل والكثير، و«ما» للجنس فشمل النقد والعرض لكنه في الأخيرة لما قرن بعز وهان شمل عرفاً القليل والكثير أيضاً، و«كيف» للحال فشمل الحال والمؤجل.

(ولا يجوز) للوكيل (أن يبيع) ما وكل فيه (من نفسه) ولا من موليه، وإن أذن له في ذلك، لأنه متهم في ذلك، بخلاف غيرهما كأبيه وولده الرشيد، وله قبض ثمن حال، ثم يسلم المبيع المعين إن تسلمه، لأنهما من مقتضيات البيع، فإن سلم المبيع قبل قبض الثمن ضمن قيمته، وقت التسليم لتعديه، وإن كان الثمن أكثر منها فإذا غرمها ثم قبض الثمن دفعه الموكلُ واسترد ما غرم، أما الثمن المؤجل فله تسليم المبيع، وليس له قبض الثمن إذا حل إلاّ بإذن جديد، وليس لوكيل بشراء شراء معيب، لاقتضاء الإطلاق عرفاً السليم، وله توكيل بلا إذن فيما لم يتأت منه لكونه لا يليق به أو كونه عاجزاً عنه عملاً بالعرف لأن التفويض لمثل هذا لا يقصد منه عينه فلا يوكل العاجز إلا في القدر الذي عجز عنه، ولا يوكل الوكيل فيما ذكر عن نفسه بل عن موكله (ولا) يجوز له أن (يقر على موكله) بما يلزمه (إلا بإذنه) على وجه ضعيف، والأصح عدم صحة التوكيل في الإقرار مطلقاً، فإذا قال لغيره «وكلتك لتقر عني لفلان بكذا» فيقول الوكيل: «أقررت عنه بكذا» أو «جعلته مقراً بكذا» لم يصح؛ لأنه إخبار عن حق فلا يقبل التوكيل كالشهادة، لكن الموكل يكون مقراً بالتوكيل على الأصح في الروضة ـ لإشعاره بثبوت الحق عليه، ومحل الخلاف إذا قال: «وكلتك لتقر عني لفلان بكذا» كما مثلته، فلو قال: «أقر عني لفلان بألف له علي» كان إقراراً قطعاً، ولو قال: «أقر له عليّ بألف» لم يكن إقراراً قطعاً، صرح به صاحب التعجيز.

تتمة ـ أحكام عقد الوكيل ـ كرؤية المبيع، ومفارقة المجلس، وتقابض فيه ـ تتعلق به لا بالموكل، لأنه العاقد حقيقة، وللبائع مطالبة الوكيل كالموكل بثمن إن قبضه من الموكل، سواء اشترى بعينه أم في الذمة، فإن لم يقبضه منه لم يطالبه إن كان الثمن معيناً لأنه ليس بيده، وإن كان في الذمة طالبه به إن لم يعترف بوكالته: بأن أنكرها أو قال لا أعرفها، فإن اعترف بها، طالب كلاًّ منهما به. والوكيل كضامن

فَصْـلٌ

والموكل كأصل فإذا غرم رجع بما غرمه على الموكل، ولو تلف ثمن قبضه واستحق مبيع طالبه مشتر ببدل الثمن سواء اعترف المشتري بالوكالة أم لا، والقرار على الموكل فيرجع الوكيل بما غرمه لأنه غره، ومن ادعى أنه وكيل بقبض ما على زيد لم يجب دفعه له إلا ببينة بوكالته، لاحتمال إنكار الموكل لها، ولكن يجوز له دفعه إن صدقه[1] في دعواه؛ لأن محق عنده، أو ادعى أنه محتال به أو أنه وارث له أوصي أو موصى له منه وصدقه وجب دفعه له؛ لاعترافه بانتقال المال إليه.

(فَصْـلٌ) فِي الإِقْـرَارِ[2]

وهو لغة: الإثبات، من قر الشيء إذا ثبت، وشرعاً: إخبار الشخص بحق عليه، فإن كان بحق له على غيره فدعوى: أو لغيره على غيره فشهادة.

والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَى ذَٰلِكُمْ إِصْرِي﴾ أي عهدي ﴿قَالُوا أَقْرَرْنَا﴾ [آل عمران: ٨١] وخبر الصحيحين «اغْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةِ هَذَا فَإِنِ ٱعْتَرَفَتْ فَٱرْجُمْهَا»[3] وأجمعت الأمة على المؤاخذة به.

---

(١) كذا إن كذبه على المعتمد لأنه يتصرف في مال نفسه فإن حضر المستحق وأنكر الوكالة صدق بيمينه. ثم إن كان الحق عيناً فإن كانت باقية في يد الوكيل أخذها صاحبها منه. وإن تلفت من غير تقصير رجع صاحب العين على كل منهما فإن غرم أحدهما لا رجوع للغارم على الآخر لأنه مظلوم فلا يرجع على غير ظالمه وإن تلفت بتفريط القابض فإن غرمه المستحق فلا رجوع له وإن غرم الدافع رجع على القابض لأنه وكيل عنه. والوكيل يضمن بالتفريط والمستحق ظلمه بأخذ البدل. وإن كان المدفوع ديناً وهو باق في يد الوكيل رجع الموكل على الأصيل ويرجع الدافع على المدفوع له بالدين. وقوله لأنه مظلوم فلا يرجع على غير ظالمه يؤخذ منه حكم الشكية المعلومة وهو ما لو اشتكى شخص شخصاً لذي شوكة وغرمه مالاً فإنه يرجع به عليه ولا يرجع على الشاكي خلافاً للأئمة الثلاثة.

(٢) لما كان الإقرار يشبه الوكالة من حيث إن المقرّ قبل إقراره كان متصرفاً بما بيده وليس له وقد عزل عنه بإقراره ذكر عقبها فالمقرّ له شبيه بالموكل والمقرّ شبيه بالوكيل والمقرّ به شبيه بالموكل فيه اهـ وهو مصدر أقرّ فقولهم مأخوذ من قرّ بمعنى ثبت فيه تجوّز لأن المصدر لا يشتق من الفعل وقوله لنية الإثبات المناسب لقوله من قر الشيء أي ثبت أن يقول وهو لغة الثبوت ق ل بزيادة.

(٣) أخرجه البخاري ١١/ ٥٣٢ (٦٦٣٣) ومسلم ٣/ ١٣٢٤ (٢٥ ـ ١٦٩٧).

وَالْمُقَرُّ بِهِ ضَرْبَانِ: حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى، وَحَقُّ الآدَمِيِّ. فَحَقُّ اللَّهِ تَعَالَى يَصِحُّ الرُّجُوعُ فِيهِ عَنِ الإِقْرَارِ بِهِ، وَحَقُّ الآدَمِيِّ لاَ يَصِحُّ الرُّجُوعُ فِيهِ عَنِ الإِقْرَارِ بِهِ وَتَفْتَقِرُ صِحَّةُ الإِقْرَارِ إِلَى ثَلاَثَةِ شَرَائِطَ: البُلُوغِ،

أَرْكَانُ الإِقْرَارِ

وأركانه أربعة: مقر، ومقر له، وصيغة، ومقر به.

[القَوْلُ فِي أَنْواعِ المُقَرِّ بِـهِ]

(والمقر به) من الحقوق (ضربان): أحدهما: (حق الله تعالى) وهو ينقسم إلى ما يسقط بالشبهة كالزنا وشرب الخمر وقطع السرقة وعليه اقتصر المصنف، وإلى ما لا يسقط بالشبهة كالزكاة والكفارة (و) الثاني: (حق الآدمي) كحد القذف لشخص.

(فحق الله تعالى) ـ الذي يسقط بذلك ـ إذا أقر به (يصح الرجوع فيه عن الإقرار به) لأن مبناه على الدرء والستر ولأنه ﷺ عرض لما عز بالرجوع بقوله: «لَعَلَّكَ قَبَّلْتَ؛ لَعَلَّكَ لَمَسْتَ، أَبِكَ جُنُونٌ»[1] وللقاضي أن يعرض له بذلك لما ذكر، ولا يقول له ارجع فيكون آمراً له بالكذب وخرج بالإقرار ما لو ثبت بالبينة، فلا يصح رجوعه كما لا يصح رجوعه عما لا يسقط بالشبهة.

(و)**الضرب الثاني** (حق الآدمي) إذا أقر به (لا يصح الرجوع فيه عن الإقرار به) لتعلق حق المقر له به: إلا إذا كذبه المقر له به: كما سيأتي في شروط المقر له.

[القَوْلُ فِي شُرُوطِ صِحَّةِ الإِقْرَارِ]

ثم شرع في شروط المقر فقال: (وتفتقر صحة الإقرار) في المقر (إلى ثلاثة شرائط): الأول (البلوغ) فلا يصح إقرار من هو دون البلوغ، ولو كان مميزاً؛ لرفع القلم عنه، فإن ادعى بلوغاً بإمناء ممكن بأن استكمل تسع سنين صدق في ذلك ولا يحلف عليه، وإن فرض ذلك في خصومة ببطلان تصرفه مثلاً؛ لأن ذلك لا يعرف إلا منه، ولأنه إن كان صادقاً فلا يحتاج إلى يمين، وإلا فلا فائدة فيها، لأن يمين الصغير

---

(١) أخرجه البخاري ١٢/ ١٣٥ (٦٨٢٤).

وَالْعَقْلِ، وَالاِخْتِيَارِ، وَإِنْ كَانَ بِمَالٍ اعْتُبِرَ فِيهِ شَرْطٌ رَابِعٌ، وَهُوَ الرُّشْدُ.

غير منعقدة، وإذا لم يحلف فبلغ مبلغاً يقطع فيه ببلوغه قال الإمام. فالظاهر أيضاً أنه لا يحلف لانتهاء الخصومة، وكالإمناء في ذلك الحيض.

(و) **الثاني** ـ (العقل) فلا يصح إقرار مجنون ومغمى عليه ومن زال عقله بعذر كشرب دواء أو إكراه على شرب خمر، لامتناع تصرفهم، وسيأتي حكم السكران إن شاء الله تعالى في الطلاق.

(و) **الثالث** ـ (الاختيار) فلا يصح إقرار مكره بما أكره عليه، لقوله تعالى: ﴿**إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمانِ**﴾ [النحل: ١٠٦] جعل الإكراه مسقطاً لحكم الكفر؛ فبالأولى ما عداه، وصوره إكراهه أن يضرب ليقر، فلو ضرب ليصدق في القضية فأقر حال الضرب أو بعده لزمه ما أقر به، لأنه ليس مكرهاً، إذ المكره من أكره على شيء واحد، وهذا إنما ضرب ليصدق، ولا ينحصر الصدق في الإقرار، قال الأذرعي: والولاة في هذا الزمان يأتيهم من يتهم بسرقة أو قتل أو نحوهما فيضربونه ليقر بالحق، ويراد بذلك الحق الإقرار بما ادعاه خصمه، والصواب أن هذا إكراه، سواء أقر في حال ضربه أم بعده، وعلم أنه لو لم يقر بذلك لضرب ثانياً، انتهى، وهذا متعين.

(وإن كان) بحق آدمي كإقراره (بمال) أو نكاح (اعتبر فيه) مع ما تقدم (شرط رابع) أيضاً (وهو الرشد) فلا يصح إقرار سفيه بدين[1] أو إتلاف مال أو نحو ذلك، قبل الحجر أو بعده، نعم يصح إقراره في الباطن فيغرم بعد فك الحجر إن كان صادقاً فيه،

---

(١) أي ولا بعين وأما المفلس فيصح بدين في ذمته لا في أعيان ماله كذا قيل وهو مخالف لصريح المنهج. قال الحلبي أما المفلس فيصح إقراره بعين أو جناية ولو بعد الحجر أو بدين معاملة أو إتلاف أسند وجوبه لما قبل الحجر. وأما السفيه فيصح إقراره بموجب عقوبة دون غيرها. وفي المدابغي على التحرير مانصه حاصل مسألة المفلس أنه إن أقرّ بعين أو دين جناية قبل مطلقاً وإن أقر بدين معاملة فإن أسند وجوبه لما قبل الحجر قبل أيضاً وإن أسند وجوبه لما بعد الحجر وقيد بمعاملة كما هو فرض المسألة لم يقبل في حق الغرماء أو لم يقيد بمعاملة ولا غيرها روجع، وإن أطلق الوجوب فلم يقيده بمعاملة ولا جناية ولا بما قبل الحجر ولا بعده روجع أيضاً فإن تعذرت مراجعته لم يقبل. وقوله في حق الغرماء بخلافه في حقه فإنه يقبل.

. . . .

وخرج بالمال إقراره بموجب عقوبة كحد وقود وإن عفي عنه على مال لعدم تعلقه بالمال.

[القَوْلُ فِي شُرُوطِ المُقَرّ لَـهُ]

وأما شروط المقر له ـ ولم يذكرها المصنف فمنها كون المقر له معيناً نوع تعين بحيث يتوقع منه الدعوى والطلب، فلو قال: «لإنسان أو لواحد من بني آدم» أو من أهل البلد «عليّ ألف» لم يصح إقراره على الصحيح ومنها كون المقر له فيه أهلية استحقاق المقر له به، لأنه حينئذ يصادف محله وصدقه محتمل وبهذا يخرج ما إذا أقرت المرأة بصداقها عقب النكاح لغيرها، أو الزوج ببدل الخلع عقب المخالعة لغيره، أو المجني عليه بالأرش عقب استحقاقه لغيره، فلو قال «لهذه الدابة علي كذا» لم يصح لأنها ليست أهلاً لذلك، فإن قال «علي بسببها لفلان كذا» صح حملاً على أنه جنى عليها أو اكتراها أو استعملها تعدياً كصحة الإقرار لحمل هند، وإن أسنده إلى جهة لا تمكن في حقه كقوله: أقرضنيه، أو باعني به شيئاً، ويلغو الإسناد المذكور، وهذا ما صححه الرافعي في شرحيه، وهو المعتمد وما وقع في المنهاج من أنه إذا أسنده إلى جهة لا تمكن في حقه لغو ضعيف[1] ومنها عدم تكذيبه للمقر، فلو كذبه في إقراره له بمال ترك في يد المقر لأن يده تشعر بالملك ظاهراً، وسقط إقراره بمعارضة الإنكار، حتى لو رجع بعد التكذيب قبل رجوعه، سواء قال غلطت في الإقرار أم تعمدت الكذب، ولو رجع المقر له عن التكذيب لم يقبل، فلا يعطى إلا بإقرار جديد.

[القَوْلُ فِي شُرُوطِ صِيغَةِ الإِقْرَارِ]

وأما شروط الصيغة ـ ولم يذكرها المصنف أيضاً ـ فيشترط فيها لفظ صريح أو كناية تشعر بالتزام، وفي معناه الكتابة مع النية وإشارة أخرس مفهمة، كقوله «لزيد علي أو عندي كذا» أما لو حذف علي أو عندي[2] فلم يكن إقراراً إلا أن يكون المقر به معيناً

---

(١) هو الضعيف فالمعتمد ما في المنهاج أن الإقرار لغو من أصله.

(٢) أو بمعنى الواو فلا بد من حذفهما ويترتب على ذلك أنه يقبل قوله في دعواه مسقطاً إذا كان مقراً =

وَإِذَا أَقَرَّ بِمَجْهُولٍ رَجَعَ إِلَيْهِ فِي بَيَانِهِ

كهذا الثوب فيكون إقراراً، وعلي أو في ذمتي للدين، ومعي أو عندي للعين، وجواب «لي عليك ألف» أو «ليس لي عليك ألف» ببلى أو نعم أو صدقت أو أنا مقر به أو نحوها كأبرأتني منه إقرار كجواب «اقض الألف الذي لي عليك» بنعم أو بقوله «أقضي غداً» أو «أمهلني» أو «حتى أفتح الكيس» أو «أجد المفتاح» مثلاً أو نحوها كابعث من يأخذه، لا جواب ذلك بزنه أو خذه أو اختم عليه أو اجعله في كيسك أو أنا مقر أو أنا أقر به أو نحوها كهي صحاح أو رومية فليس بإقرار، لأن مثل ذلك يذكر للاستهزاء.

[القَوْلُ فِي شُرُوطِ المُقَرُّ بِهِ]

وأما شرط المقر به ـ ولم يذكره أيضاً ـ فشرطه أن لا يكون ملكاً للمقر حين يقر به، فقوله «داري أو ديني الذي عليك لعمرو» لغو، لأن الإضافة إليه تقتضي الملك له فتنافي الإقرار لغيره، لا قوله «هذا لفلان» و«كان ملكي إلى أن أقررت به، فليس لغواً اعتباراً بأوله» وكذا لو عكس فقال «هذا ملكي هذا لفلان» غايته أنه إقرار بعد إنكار، وأن يكون بيده ولو مآلاً ليسلم بالإقرار للمقر له حينئذ، فلو لو يكن بيده حالاً ثم صار بها عمل بمقتضى إقراره، بأن يسلم للمقر له حينئذ، فلو أقر بحرية شخص بيد غيره ثم اشتراه حكم بها، وكان شراؤه افتداء له وبيعاً من جهة البائع فله الخيار دون المشتري.

[القَوْلُ فِي حُكْمِ الإِقْرَارِ بِمَجْهُولٍ]

(وإذا أقر بمجهول) كشيء وكذا صح إقراره، و(رجع إليه في بيانه) فلو قال «له علي شيء» أو «كذا» قبل تفسيره بغير عيادة مريض ورد سلام ونجس لا يقتنى كخنزير، سواء أكان مالاً وإن لم يتمول كفلس وحبتي بر أم لا كقود وحق شفعة وحد قذف وزبل

= بعين كما إذا طلب منه العين فقال كانت وديعة وتلفت من غير تقصير فإنه يصدق بيمينه، ولبعضهم:

علـيّ أو فـي ذمتـي للـديـن ... معـي وعنـدي يـا فتـى للعيـن
وقبلـي إن قلتـه فمحتمـل ... للـديـن مـع عيـن كمـا عنهـم نقـل

وَيَصِحُّ الِاسْتِثْنَاءُ فِي الإِقْرَارِ، إِذَا وَصَلَهُ بِهِ

لصدق كل منها بالشيء مع كونه محترماً، وإن أقر بمال وإن وصفه بنحو عظيم كقوله «مال عظيم» أو «كثير» قبل تفسيره بما قل من المال وإن لم يتمول كحبة بر ويكون وصفه بالعظم ونحوه من حيث أثم غاصبه، قال الشافعي ـ رضي الله تعالى عنه ـ: أصل ما أبني عليه الإقرار: أن ألزم اليقين، وأطرح الشك، ولا أستعمل الغلبة، ولو قال «له علي ـ أو عندي ـ شيء شيء أو كذا كذا» لزمه شيء واحد، لأن الثاني تأكيد، فإن قال «شيء وشيء» أو «كذا وكذا» لزمه شيئان، لاقتضاء العطف المغايرة، ولو قال «له علي كذا درهم» برفع أو نصب أو جر أو سكون أو «كذا درهم» بالأحوال الأربعة، أو قال: كذا وكذا درهم بلا نصب لزمه درهم فإن ذكره بالنصب بأن قال: «كذا وكذا درهماً» لزمه درهمان، لأن التمييز وصف في المعنى فيعود إلى الجميع، ولو قال: «الدراهم التي أقررت بها ناقصة الوزن أو مغشوشة» فإن كانت دراهم البلد التي أقر بها كذلك أو وصل قوله المذكور بالإقرار قبل قوله، ولو قال: «له علي درهم في عشرة، فإن أراد معية فأحد عشر أو حساباً عرفه فعشرة» وإن أراد ظرفاً أو حساباً لم يعرفه أو أطلق لزمه درهم، لأنه المتيقن.

[القَوْلُ فِي الاِسْتِثْنَاءِ فِي الإِقْرَارِ]

(ويصح الاستثناء) بإلا أو إحدى أخواتها (في الإقرار) وغيره لكثرة وروده في القرآن والسنة وكلام العرب، وذلك بشروط: الأول وعليه اقتصر المصنف (إذا وصله به) أي اتصل المستثنى بالمستثنى منه عرفاً فلا تضر سكتة تنفس وعي وتذكر وانقطاع صوت، بخلاف الفصل بسكوت طويل وكلام أجنبي ولو يسيراً. والشرط الثاني: أن ينويه قبل فراغ الإقرار، لأن الكلام إنما يعتبر بتمامه، فلا يشترط من أوله، ولا يكفي بعد الفراغ، وإلا لزم رفع الإقرار بعد لزومه. والشرط الثالث: عدم استغراق المستثنى منه، فإن استغرقه نحو «له علي عشرة إلا عشرة» لم يصح فيلزمه عشرة، ولا يجمع مفرق في استغراق لا في المستثنى منه ولا في المستثنى ولا فيهما، فلو قال: «له علي درهم ودرهم ودرهم إلا درهماً» لزمه ثلاثة دراهم، ولو قال: «له علي ثلاثة إلا درهمين ودرهماً» لزمه درهم، لأن المستثنى إذا لم يجمع مفرقه لم يلغ إلا ما يحصل به الاستغراق وهو درهم فيبقى درهمان مستثنيين، ولو قال «له علي ثلاثة دراهم

. . . .

إلا درهماً ودرهماً ودرهماً» لزمه درهم، لأن الاستغراق إنما يحصل بالأخير، ولو قال «له علي ثلاثة دراهم إلا درهماً ودرهماً» لزمه درهم لجواز الجمع هنا إذ لا استغراق والاستثناء من إثبات نفي[1] ومن نفي إثبات، فلو قال «له علي عشرة إلا تسعة إلا ثمانية» لزمه تسعة لأن المعنى إلا تسعة لا تسعة لا تلزم، إلا ثمانية تلزم، فيلزمه الثمانية والواحد الباقي من العشر. ومن طرق بيانه أيضاً: أن تجمع كلا من المثبت والمنفي وتسقط المنفي منه فالباقي هو المقر به: فالعشرة والثمانية في المثال مثبتان ومجموعهما ثمانية عشر والتسعة منفية فإن أسقطتها من الثمانية عشر بقي تسعة وهو المقر به، ولو قال: «له علي عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة إلا ستة إلا خمسة إلا أربعة إلا ثلاثة إلا اثنين إلا واحد لزمه خمسة، لأن الأعداد المثبتة هنا ثلاثون، والمنفي خمسة وعشرون، فيلزم الباقي وهو خمسة، ولك طريق آخر، وهي أن تخرج المستثنى الأخيرَ مما قبله، وما بقي منه يخرج مما قبله، فتخرج الواحد من الاثنين، وما بقي تخرجه من الثلاثة، وما بقي تخرجه من الأربعة، وهكذا حتى تنتهي إلى الأول ولك أن

---

(١) أي خلافاً لأبي حنيفة فيهما وقيل في الأول فقط فقال إن المستثنى من حيث الحكم مسكوت عنه فنحو ما قام أحد إلا زيد وقام القوم إلا زيداً يدل الأول على إثبات القيام لزيد والثاني على نفيه. وقال أبو حنيفة لا وزيد مسكوت عنه من حيث القيام وعدمه. مبنى الخلاف على أن المستثنى من حيث الحكم مخرج من المحكوم عليه فيدخل في نقيضه من قيام أو عدمه مثلاً أو مخرج من الحكم فيدخل في نقيضه أي لا حكم. إذ القاعدة أن ما خرج من شيء دخل في نقيضه وجعل الإثبات في كلمة التوحيد بعرف الشرع وفي المفرغ نحو ما قام إلا زيد بالعرف العام اهـ محلى على جمع الجوامع وقوله مبنى الخلاف الخ قال السيد اتفق العلماء أبو حنيفة وغيره على أن إلا للإخراج وأن المستثنى مخرج وأن كل شيء خرج من نقيض دخل في النقيض الآخر فهذه ثلاثة أمور متفق عليها. وبقي أمر رابع مختلف فيه وهو أنا إذا قلنا قام القوم فهناك أمران القيام والحكم فاختلفوا هل المستثنى مخرج من القيام أو الحكم به فنحن نقول بالقيام فيدخل في نقيضه وهو عدم القيام. والحنفية يقولون هو مستثنى من الحكم فيخرج لنقيضه وهو عدم الحكم فيكون غير محكوم عليه فأمكن أن يكون قائماً وأن لايكون، فعندنا انتقل إلى عدم القيام وعندهم انتقل إلى عدم الحكم وعند الفريقين مخرج وداخل في نقيض ما أخرج منه فافهم ذلك حتى يتحرر لك محل النزاع والعرف في الاستعمال شاهد بأنه إنما قصد إخراجه من القيام لا من الحكم ولا يفهم أهل العرف إلا ذلك فيكون هو اللغة لأن الأصل عدم النقل والتغيير من الآيات البينات.

وَهُوَ فِي حالِ الصِّحَّةِ وَالْمَرَضِ سَوَاءٌ.

تخرج الواحد من الثلاثة ثم ما بقي من الخمسة ثم ما بقي من السبعة ثم ما بقي من التسعة، وهذا أسهل من الأول ومحصل له، فما بقي فهو المطلوب، ولو قال: «ليس له علي شيء إلا خمسة لزمه خمسة»، أو قال: «ليس له علي عشرة إلا خمسة» لم يلزمه شيء، لأن العشرة إلا خمسة خمسة فكأنه قال: ليس له علي خمسة فجعل النفي الأول متوجهاً إلى مجموع المستثنى والمستثنى منه، وإن خرج عن قاعدة أن الاستثناء من النفي إثبات، وإنما لزمه في الأول خمسة لأنه نفي مجمل فيبقى عليه ما استثناه، ولو قدم المستثنى على المستثنى منه صح كما قاله الرافعي، وصح الاستثناء من غير جنس المستثنى منه ويسمى استثناء منقطعاً، كقوله «له علي ألف درهم إلا ثوباً» إن بين بثوب قيمته دون ألف، فإن بين بثوب قيمته ألف فالبيان لغو ويبطل الاستثناء؛ لأنه بين ما أراده[1] به فكأنه تلفظ به وهو مستغرق، وصح أيضاً من معين كغيره كقوله «هذه الدار لزيد إلا هذا البيت» أو «هؤلاء العبيد له إلا واحداً» وحلف في بيان الواحد، لأنه أعرف بمراده، حتى لو ماتوا بقتل أو دونه إلا واحداً وزعم أنه المستثنى صدق بيمينه أنه الذي أراده بالاستثناء لاحتمال ما ادعاه، وقد ذكرت في شرح المنهاج وغيره فوائد مهمة لا يحتملها هذا المختصر فليراجعها من أراد.

(وهو) أي الإقرار (في حال الصحة والمرض) ولو مخوفاً (سواء) في الحكم بصحته، فلو أقر في صحته بدين لإنسان وفي مرضه بدين لآخر لم يقدم الأول بل يتساويان كما لو ثبتا بالبينة، ولو أقر في صحته أو مرضه بدين لإنسان وأقر وارثه بعد موته بدين لآخر لم يقدم الأول في الأصح. لأن إقرار الوارث كإقرار المورث؛ لأنه خليفته فكأنه أقر بالدينين.

[القَوْلُ فِي إِقْرَارِ المَرِيضِ]

تتمة ـ لو أقر المريض لإنسان بدين ولو مستغرقاً ثم أقر لآخر بعين قدم صاحبها

---

(١) الباء زائدة وما واقعة على الثوب وقوله به أي بالألف وهو متعلق بيبين أي لأنه بين الثوب الذي أراده في الاستثناء بالألف أي بثوب قيمته ألف فكأنه تلفظ بالألف. وعبارة شرح المنهج لأنه بين ما أراده به أي بين الثوب الذي أراده بالألف.

. . . .

كعكسه، لأن الإقرار بالدين لا يتضمن حجراً في العين بدليل نفوذ تصرفه فيها بغير تبرع، ولو أقر بإعتاق أخيه في الصحة عتق وورثه إن لم يحجبه غيره، أو بإعتاق عبد في الصحة وعليه دين مستغرق لتركته عتق، لأن الإقرار إخبار لا تبرع، ويصح إقراره في مرضه لوارثه على المذهب كالأجنبي، لأن الظاهر أنه محق، لأنه انتهى إلى حالة يصدق فيها الكاذب ويتوب فيها الفاجر، وفي قول لا يصح، لأنه متهم بحرمان بعض الورثة، ويجري الخلاف في إقرار الزوجة بقبض صداقها من زوجها في مرض موتها وفي إقراره لوارثه بهبة أقبضها له في حال صحته، والخلاف المذكور في الصحة وعدمها، وأما التحريم فعند قصده الحرمان لا شك فيه كما صرح به جمع منهم القفال في فتاويه، وقال: إنه لا يحل للمقر له أخذه، انتهى، والخلاف في الإقرار بالمال، أما لو أقر بنكاح أو عقوبة فيصح جزماً، وإن أفضى إلى المال بالعفو أو بالموت قبل الاستيفاء لضعف التهمة.

(فَصْلٌ) فِي العَارِيَةِ[1]

وهي بتشديد الياء وقد تخفف: اسم لما يعار، ولعقدها من عار إذا ذهب وجاء بسرعة ومنه قيل للغلام الخفيف «عيار» لكثرة ذهابه ومجيئه والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى البِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢] وفسر جمهور المفسرين قوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾ [الماعون: ٧] بما يستعيره الجيران بعضهم من بعض كالدلو والفأس والإبرة، وخبر الصحيحين أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «اسْتَعَارَ فَرَساً مِنْ أَبِي طَلْحَةَ فَرَكِبَهُ»[2] والحاجة داعية إليها، وهي مستحبة، وقد تجب كإعارة الثوب لدفع حر أو برد، وقد تحرم كإعارة الأمة من أجنبي، وقد تكره كإعارة العبد المسلم من كافر.

---

(١) ذكرها عقب الإقرار لأنها تشبهه من حيث إن في كلّ إزالة ما هو تحت يده لغيره لكن في الإقرار لا عود وفي العارية عود وذكرها في التحرير عقب الإجارة وهو أنسب لأن كلاً منهما استيفاء منفعة لكن الإجارة استيفاء منفعة بمقابل والعارية استيفاء منفعة بلا مقابل ولاتحاد شرط ما يؤجر وما يعاز دائماً أو غالباً ولذا قال الروياني كل ما جازت إجارته إعارته واستثنى من ذلك بعض فروعه.

(٢) أخرجه البخاري ٥/ ٢٤٠ (٢٦٢٧) ومسلم ٤/ ١٨٠٣ (٤٩ ـ ٢٣٠٧).

وَكُلُّ مَا أَمْكَنَ الاِنْتِفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ. جَازَتْ إِعَارَتُهُ إِذَا كَانَتْ مَنَافِعُهُ أَثَاراً،

[القَوْلُ فِي أَرْكَانِ الإِعَـارَةِ]

وأركانها أربعة: معير، ومستعير، ومعار، وصيغة.

وقد بدأ المصنف فقال: (وكل ما أمكن الانتفاع به) منفعة مباحة (مع بقاء عينه) كالعبد والثوب، فخرج بالقيد الأول ما لا ينتفع به فلا يعار ما لا نفع فيه كالحمار الزمن؛ وأما ما يتوقع نفعه في المستقبل كالجحش الصغير، فالذي يظهر فيه أن العارية إن كانت مطلقة أو مؤقتة بزمن يمكن الانتفاع به صحت، وإلا فلا ولم أر من ذكر ذلك، وخرج بالقيد الثاني ما لو كانت منفعته محرمة، فلا يعار ما ينتفع به انتفاعاً محرماً كآلات الملاهي، ولا بد أن تكون منفعته قوية، فلا يعار النقدان للتزين، إذ منفعته بهما أو الضرب على طبعهما منفعة ضعيفة قلما تقصد ومعظم منفعتهما في الإنفاق والإخراج، نعم إن صرح بالتزين أو الضرب على طبعهما ونوى ذلك كما بحثه بعضهم صحت لاتخاذه هذه المنفعة مقصداً وإن ضعفت وينبغي مجيء هذا الاستثناء في المطعوم الآتي وخرج بالقيد الثالث ما لو كانت منفعته في إذهاب عينه، فلا يعار المطعوم ونحوه فإن الانتفاع به إنما هو بالاستهلاك فانتفى المقصود من الإعارة.

فإذا اجتمعت هذه الشروط في المعار (جازت إعارته إذا كانت منافعه أثاراً) بالقصر: أي باقية: كالثوب والعبد كما مر، فخرج بالمنافع الأعيـان، فلو أعاره شاة للبنها أو شجرة لثمرها أو نحو ذلك لم يصح، ولو أعاره شاة أو دفعها له وملكه درها ونسلها لم يصح ولا يضمن آخذها الدر والنسل لا جارية لخدمة امرأة أو ذكر محرم للجارية لعدم المحذور في ذلك، وفي معنى المرأة والمحرم الممسوح وزوج الجارية ـ ومالكها، كأن يستعيرها من مستأجرها والموصى له بمنفعتها، ويلحق بالجارية الأمرد الجميل كما قاله الزركشي لا سيما ممن عرف بالفجور. قال الإسنوي: وسكتوا عن إعارة العبد للمرأة، وهو كعكسه بلا شك ولو كان المستعير أو المعار خنثى امتنع احتياطاً، ويكره كراهة تنزيه استعارة وإعارة فرع أصله لخدمة، واستعارة وإعارة كافر مسلماً، صيانة لهما عن الإذلال.

وَتَجُوزُ الْعَارِيَّةُ مُطْلَقَةً وَمُقَيَّدَةً بِمُدَّةٍ

تنبيه ـ سكت المصنف عن شروط بقية الأركان، فيشترط في المعير: صحة تبرعه، لأنها تبرع بإباحة المنفعة، فلا تصح من صبي ومجنون ومكاتب بغير إذن سيده ومحجور سفه وفلس، وأن يكون مالكاً للعين، لأن الإعارة إنما ترد على المنفعة دون العين، فتصبح من مكتر لا من مستعير، لأنه غير مالك للمنفعة، وإنما أبيح له الانتفاع فلا يملك نقل الإباحة.

ويشترط في المستعير: تعيين، وإطلاق تصرف، فلا تصح لغير معين كأن قال: أعرت أحدكما، ولا لصبي ومجنون وسفيه إلا بعقد وليهم إذا لم تكن العارية مضمونة كأن استعار من مستأجر، وللمسنعير إنابة من يستوفي المنفعة، لأن الانتفاع راجع إليه.

ويشترط في الصيغة: لفظ يشعر بالإذن في الانتفاع كأعرتك أو بطلبه كأعرني مع لفظ الآخر أو فعله، وإن تأخر أحدهما عن الآخر كما في الإباحة، وفي معنى اللفظ الكتابة مع نية وإشارة أخرس مفهمة، ولو قال أعرتك فرسي مثلاً لتعلفه بعلفك أو لتعيرني فرسك فهو إجارة لا إعارة نظراً إلى المعنى، فاسدة لجهالة المدة والعوض توجب أجرة المثل.

ومؤنة رد المعار على المستعير من مالك أو نحو مكتر إن رد عليه، فإن رد على المالك فالمؤنة عليه كما لو رد عليه المكتري، وخرج بمؤنة رده مؤنته فتلزم المالك لأنها من حقوق الملك، وإن خالف القاضي وقال: إنها على المستعير.

(وتجوز العارية مطلقة) من غير تقييد بزمن (ومقيدة بمدة) كشهر فلا يفترق الحال بينهما، نعم المؤقتة فيجوز فيها تكرير المستعير ما استعاره له، فإذا استعار أرضاً لبناء أو غراس جاز له أن يبني أو يغرس المرة بعد الأخرى، ما لم تنقض المدة أو يرجع المعير، وفي المطلقة لا يفعل ذلك إلا مرة واحدة فإن قلع ما بناه أو غرسه لم يكن له إعادته إلا بإذن جديد، إلا إن صرح له بالتجديد بعد مرة أخرى، وسواء أكانت الإعارة مطلقة أو مؤقتة، ولكل من المعير أو المستعير رجوع في العارية متى شاء لأنها جائزة من الطرفين، فتنفسخ بما تنفسخ به الوكالة ونحوها من موت أحدهما أو غيره، ويستثنى من رجوع المعير: ما إذا أعار أرضاً لدفن ميت محترم فلا يرجع المعير في

. . . .

موضعه الذي دفن فيه، وامتنع أيضاً على المستعير ردها، فهي لازمة من جهتهما حتى يندرس[1] أثر المدفون إلا عجب الذنب[2] ـ وهو مثل حبة خردل في طرف العصعص لا يكاد يتحقق بالمشاهدة ـ محافظة على حرمة الميت، ولهما الرجوع قبل وضعه في القبر، لا بعد وضعه وإن لم يوار بالتراب كما رجحه في الشرح الصغير خلافاً للمتولي وذكرت في شرح المنهاج وغيره مسائل كثيرة مستثناة من الرجوع، فلا نطيل بذكرها فمن أرادها فليراجعها في تلك الكتب، ولكن الهمم قد قصرت.

وإن أعار لبناء أو غراس ولو إلى مدة ثم رجع بعد أن بنى المستعير أو غرس: فإن شرط عليه قلع ذلك لزمه قلعه، فإن امتنع قلعه المعير، وإن لم يشترط عليه ذلك فإن اختاره المستعير قلع مجاناً ولزمه تسوية الأرض وإن لم يختر قلعه خير المعير بين ثلاثة أمور، وهي تملكه بعقد بقيمته مستحق القلع حين التملك، أو قلعه بضمان أرشه، أو تبقيته بأجره، فإن لم يختر المعين شيئاً ترك حتى يختار أحدهما ما له اختياره، ولكل منهما بيع ملكه ممن شاء، وإذا رجع المعير قبل إدراك زرع لم يعتد

---

(١) فلو أقت العارية بمدة لا يبلى فيها الميت عادة فسدت وإذا أعار أرضاً للدفن لا يجب تعيين كون الميت صغيراً أو كبيراً نعم إن كان شهيداً فينبغي تعيينه لأنه لا يبلى، وهل يجوز زيارة الميت بغير إذن المعير؟ قرر شيخنا أن المرجع في ذلك للعادة اهـ ح ل وعلم من تعبيره بالاندراس لزومها في دفن النبيّ والشهيد لعدم بلائهما فلا يرادان اهـ شرح م ر وجملة من لا تأكل الأرض جسده نظمهم التتائي فقال:

لا تـــأكـــل الأرض جسمـــاً للنبـــيّ ولا	لعـــالـــم وشهيـــد قتـــل معتـــرك
ولا لقـــــارىء قـــــرآن ومحتســـــب	أذانـــــه لإلـــــه مجـــــرى الفلـــــك

ونظمهم الشمس البرلسي بقوله:

أبـــــت الأرض أن تمـــــزق لحمـــــاً	لشهيـــــد وعـــــالـــــم ونبـــــيّ
وكـــــذا قـــــارىء القـــــرآن ومـــــن	أذن الله حسبـــــة دون شـــــيّ

(قوله أثر المدفون) فيرجع حين الاندراس بأن يكون قد أذن له في تكرير الدفن وإلا فالعارية.

(٢) بفتح العين المهملة وبسكون الجيم وبالباء الموحدة آخره وإبدالها ميماً لغة كما في المصباح وقوله العصعص بضم الأول وأما الثالث فيضم وقد يفتح تخفيفاً مثل طحلب وطحلب والجمع عصاعص.

وَهِيَ مَضْمُونَةٌ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ بِقِيمَتِهَا يَوْمَ تَلَفِهَا.

قلعه لزمه تبقيته إلى قلعه، ولو عين مدة ولم يدرك فيها لتقصير المستعير قلعه المعير مجاناً كما لو حمل نحو سيل كهواء بذراً إلى أرضه فنبت فيها فإن له قلعه مجاناً.

[القَوْلُ فِي ضَمَانِ المُسْتَعَارِ]

(وهي) أي العين المستعارة (مضمونة على المستعير) إذا تلفت بغير الاستعمال المأذون فيه وإن لم يفرض كتلفها بآفة سماوية، لخبر «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ» وحينئذ يضمنها (بقيمتها) متقومة كانت أو مثلية (يوم تلفها) هذا ما جزم به في الأنوار[١] واقتضاه كلام جمع. وقال ابن أبي عصرون: يضمن المثلي بالمثلي وجرى عليه السبكي، وهذا هو الجاري على القواعد فهو المعتمد، ولو استعار عبداً عليه ثياب لم تكن مضمونة عليه، لأنه لم يأخذها ولم يستعملها بخلاف إكاف الدابة قاله البغوي في فتاويه.

تنبيه ـ يستثنى من ضمان العارية مسائل: منها جلد الأضحية المنذورة فإن إعارته جائزة ولا يضمنه المستعير إذا تلف في يده[٢] ومنها المستعار للرهن إذا تلف في يد المرتهن فلا ضمان عليه ولا على المستعير، ومنها ما لو استعار صيداً من محرم فتلف في يده لم يضمنه على الأصح ومنها مالو أعاره الإمام شيئاً من بيت المال لمن له حق فيه فتلف في يد المستعير لم يضمنه، ومنها مالو استعار الفقيه كتاباً موقوفاً على المسلمين لأنه من جملة الموقوف عليهم، أما ما تلف بالاستعمال المأذون فيه فإنه لا يضمنه للإذن فيه.

تتمة ـ لو قال من في يده عين كدابة وأرض لمالكها «أعرتني ذلك» فقال له مالكها «بل أجرتك» أو «غصبتني» ومضت مدة لمثلها أجرة صدق المالك كما لو أكل

---

(١) هو المعتمد وما قاله الشارح من المعتمد ضعيف.

(٢) هذا مبني على ضعيف وهو جواز العارية من بيت المال والصحيح خلافه لأن المستعير إن كان من المستحقين فهذه ليست عارية لأن ما يأخذه يملكه وإن لم يكن من المستحقين امتنعت العارية.

فَصْـلٌ

وَمَنْ غَصَبَ مَالاً لأَحَدٍ لَزِمَهُ رَدُّهُ،

طعام غيره وقال: «كنت أبحته لي» وأنكر المالك، أما إذا لم تمض مدة لمثلها أجرة والعين باقية فيصدق من بيده العين بيمينه في الأولى، ولا معنى لهذا الاختلاف في الثانية، ولو ادعى المالك الإعارة وذو اليد الغصب فلا معنى للنزاع فيما إذا كانت العين باقية ولم تمض مدة لها أجرة، فإن مضت فذو اليد مقر بالأجرة لمنكرها، ولو اختلف المعير والمستعير في رد العارية صدق المعير بيمينه، لأن الأصل عدم الرد، ولو استعمل المستعير العارية جاهلاً برجوع المعير لم يلزمه أجرة.

فإن قيل: الضمان لا فرق فيه بين الجهل وعدمه.

أجيب بأن ذلك عند عدم تسليط المالك، وهنا بخلافه، والأصل بقاء السلطنة وبأن المالك مقصر بترك الإعلام.

(فَصْـلٌ) فِي الْغَصْبِ[١]

وهو لغة: أخذ الشيء ظلماً، وقيل: أخذه ظلماً جهاراً، وشرعاً: استيلاء على حق الغير بغير حق.

والأصل في تحريمه قبل الإجماع آيات، كقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: ٢٩] أي لا يأكل بعضكم مال بعض بالباطل، وأخباراً كخبر «إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ». رواه الشيخان.

ودخل في التعريف المذكور ما لو أخذ مال غيره يظنه ماله، فإنه غصب وإن لم يكن به إثم، وقول الرافعي: «إن الثابت في هذه حكم الغصب لا حقيقته ممنوع» وهو ناظر إلى أن الغصب يقتضي الإثم مطلقاً، وليس مراداً، وإن كان غالباً، فلو ركب دابة لغيره أو جلس على فراشه فغاصب وإن لم ينقل ذلك ولم يقصد الاستيلاء.

(ومن غصب مالاً) أو غيره (لأحد) ولو ذمياً وكان باقياً (لزمه رده) على الفور

---

(١) ذكره بعد العارية لمناسبته لها في الضمان في الجملة ولأن كلاً منهما فيه وضع اليد على مال الغير وهو كبيرة قيل إن لم يبلغ نصاباً أي ربع دينار وقيل إن بلغة ولو حبة بر.

. . . .

عند التمكين وإن عظمت المؤنة في رده، ولو كان غير متمول كحبة بر أو كلب يقتنى، لقوله ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ»[1] فلو لقي الغاصب المالك بمفازة والمغصوب معه فإن استرده لم يكلف أجرة النقل، وإن امتنع فوضعه بين يديه برىء إن لم يكن لنقله مؤنة، ولو أخذه المالك وشرط على الغاصب مؤنة النقل لم يجز لأنه ينقل ملك نفسه، ولو رد الغاصب الدابة لإصطبل المالك برىء إن علم المالك به بمشاهدة أو إخبار ثقة، ولا يبرأ قبل العلم، ولو غصب من المودع أو المستأجر أو المرتهن برىء بالرد إلى كل من أخذ منه لا إلى الملتقط، لأنه غير مأذون له من جهة المالك، وفي المستعير والمستام وجهان أوجههما أنه يبرأ لأنهما مأذون لهما من جهة المالك، لكنهما ضامنان.

تنبيه ـ قضية كلام المصنف أنه لا يجب على الغاصب مع رد العين المغتصبة بحالها شيء.

ويستثنى مسألة يجب فيها مع الرد القيمة، وهي: ما لو غصب أمة فحملت بحر في يده ثم ردها لمالكها فإنه يجب عليه قيمتها للحيولة، لأن الحامل بحر لا تباع، ذكره المحب الطبري: قال: وعلى الغاصب التعزير لحق الله تعالى، واستيفاؤه للإمام، ولا يسقط بإبراء المالك.

ويستثنى من وجوب الرد على الفور مسألتان الأولى: ما لو غصب أمة فحملت في سفينة وكانت في لجة وخيف من نزعه هلاك محترم في السفينة ولو للغاصب على الأصح، فلا ينزع في هذه الحالة. الثانية: تأخيره للإشهاد وإن طالبه المالك، فإن قيل: هذا مشكل لاستمرار الغصب أجيب بأنه زمن يسير اغتفر للضرورة، لأن المالك قد ينكره وهو لا يقبل قوله في الرد.

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٥/ ٨ والدارمي ٢/ ٢٦٤ وأبو داود ٣/ ٨٢٢ (٣٥٦١) والترمذي ٣/ ٥٦٦ (١٢٦٦) وقال: حديث حسن صحيح وابن ماجة ٢/ ٨٠٢ (٢٤٠٠) والحاكم في المستدرك ٢/ ٤٧ وقال: صحيح الإسناد على شرط البخاري وأقره الذهبي.

وأَرْشُ نَقْصِهِ، وَأُجْرَةُ مِثْلِهِ، فَإِنْ تَلِفَ ضَمِنَهُ بِمِثْلِهِ إِنْ كَانَ لَهُ مِثْلٌ،

(و) لـزمه مع رده (أرش نقصـه) أي نقـص عينـه كقطـع يـده، أو صفتـه كنسيـان صنعته، لا نقص قيمته، ولزمه مع الرد (و) الأرش (أجرة مثله) لمدة إقامته في يده ولو لم يستوف المنفعة، ولو تفاوتت الأجرة في المدة ضمن في كل بعض من أبعاض المدة أجرة مثله فيه، وإذا وجبت أجرته فدخله نقص: فإن كان بسبب الاستعمال كلبس الثوب وجب مع الأجرة أرشه على الأصح، وإن كان بسبب غير الاستعمال كأن غصب عبداً فنقصت قيمته بآفة سماوية كسقوط عضو بمرض وجب مع الأجرة الأرش أيضاً، ثم الأجرة حينئذ لما قبل حدوث النقص أجرة مثله سليماً، ولما بعده أجرة مثله معيباً، وإطلاق المصنف شامل لذلك كله.

(فإن تلف) المغصوب المتمول عند الغاصب بآفة أو إتلاف كله أو بعضه (ضمنه) الغاصب بالإجماع، أما غير المتمول كحبة بر وكلب يقتنى وزبل وحشرات ونحو ذلك فلا يضمنه، ولو كان مستحق الزبل قد غرم على نقله أجرة لم يوجبها على الغاصب.

ويستثنى من ضمان المتمول إذا تلف مسائل :منهاما لو غصب الحربي مال مسلم أو ذمي ثم أسلم أو عقدت له ذمة بعد التلف فإنه لا ضمان، ولو كان باقياً وجب رده، ومنها ما لو غصب عبداً وجب قتله لحق الله تعالى بردة أو نحوها فقتله فلا ضمان على الأصح، ومنها ما لو قتل المغصوب في يد الغاصب واقتص المالك من القاتل فإنه لا شيء على الغاصب لأن المالك أخذ بدله، قاله في البحر.

تنبيه ـ قول المصنف «تلف» لا يتناول ما إذا أتلفه هو أو أجنبي، لكنه مأخوذ من باب أولى، ولذا قلت «أو إتلاف» لكن لو أتلفه المالك في يد الغاصب أو أتلفه من لا يعقل أو من يرى طاعة الآمر بأمر المالك برىء من الضمان، نعم لو صال المغصوب على المالك فقتله دفعاً لم يبرأ الغاصب، سواء أعلم أنه عبده أم لا لأن الإتلاف بهذه الجهة كتلف العبد نفسه، وخرج بقولنا «عند الغاصب» ما لو تلف بعد الرد فإنه لا ضمان، واستثني من ذلك ما لو رده المالك بإجارة أو رهن أو وديعة ولم يعلم المالك فتلف عند المالك فإن ضمانه على الغاصب وما لو قتل بعد رجوعه إلى المالك بردة أو جناية في يد الغاصب فإنه يضمنه ويضمن مغصوب تلف (بمثله إن كان له مثل) موجود

أَوْ بِقِيمَتِهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِثْلٌ، أَكْثَرَ مَا كَانَتْ مِنْ يَوْمِ الْغَصْبِ إِلَى يَوْمِ التَّلَفِ.

والمثلي: ما حصره كيل أو وزن وجاز السلم فيه كماء ولو أعلى وتراب ونحاس ومسك وقطن وإن لم ينزع حبه ودقيق ونخالة كما قاله ابن الصلاح وإنما ضمن بمثله لآية: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] ولأنه أقرب إلى التالف وما عدا ذلك متقوم وسيأتي كالمذروع والمعدود وما لا يجوز السلم فيه كمعجون وغالية ومعيب.

وأورد على التعريف البر المختلط بالشعير فإنه لا يجوز السلم فيه مع أن الواجب فيه المثل لأنه أقرب إلى التالف فيخرج القدر المحقق فيهما.

وأجيب بأن إيجاب رد مثله لا يستلزم كونه مثلياً كما في إيجاب رد مثل المتقوم في القرض. وبأن امتناع السلم في جملته لا يوجب امتناعه في جزأيه، الباقيين بحالهما، ورد المثل إنما هو بالنظر إليهما والسلم فيهما جائز، ويضمن المثلي بمثله في أي مكان حل به، وإنما يضمن المثلي بمثله إذا بقي له قيمة، فلو أتلف ماء بمفازة مثلاً ثم اجتمعا عند نهر وجبت قيمته بالمفازة، ولو صار المثلي متقوماً أو مثلياً أو المتقوم مثلياً كجعل الدقيق خبزاً أو السمسم شيرجاً أو الشاة لحماً ثم تلف ضمن بمثله، إلا أن يكون الآخر أكثر قيمة فيضمن به في الثاني، وبقيمته في الآخرين والمالك في الثاني مخير بين المثلين، أما لو صار المتقوم متقوماً كإناء نحاس صيغ منه حلي فيجب فيه أقصى القيم كما يؤخذ مما مر.

وخرج بقيد الوجود ما إذا فقد المثل حساً أو شرعاً كأن لم يوجد بمكان الغصب ولا حواليه أو وجد بأكثر من ثمن مثله فيضمن بأقصى قيم المكان الذي حل به المثلي من حين غصب إلى حين فقد المثلي لأن وجود المثل كبقاء العين في وجوب تسليمه فيلزمه ذلك كما في المتقوم، ولا نظر إلى ما بعد الفقد كما لا نظر إلى ما بعد تلف المتقوم، وصورة المسألة إذا لم يكن المثل مفقوداً عند التلف كما صوره المحرر، وإلا ضمن بالأكثر من الغصب إلى التلف.

(أو) يضمن المغصوب (بقيمته إن لم يكن له مثل) بأن كان متقوماً فيلزمه قيمته إن تلف بإتلاف أو بدونه حيواناً كان أو غيره ولو مكاتباً أو مستولدة (أكثر ما كانت من يوم)، أي حين (الغصب إلى يوم)، أي حين (التلف) وإن زاد على دية الحر، لتوجه الرد عليه

. . . .

حال الزيادة، فيضمن الزائد، والعبرة في ذلك بنقد مكان التلف إن لم ينقله، وإلا فيتجه كما في الكفاية اعتبار نقد أكثر الأمكنة، وتضمن أبعاضه بما نقص من الأقصى إلا إن أتلفت: بأن أتلفها الغاصب أو غيره من رقيق وله أرش مقدر من حر كيد ورجل فيضمن بأكثر الأمرين مما نقص ونصف قيمته لاجتماع الشبهين فلو نقص بقطعها ثلثا قيمته لزمه النصف بالقطع والسدس بالغصب نعم إن قطعها المالك ضمن الغاصب الزائد على النصف فقط.

وزوائد المغصوب المتصلة كالسمن والمنفصلة كالولد مضمونة على الغاصب كالأصل، وإن لم يطلبها المالك بالرد، ويضمن متقوم أتلف بلا غصب بقيمته وقت تلف؛ لأنه بعده معدوم، وضمان الزائد في المغصوب إنما كان بالغصب ولم يوجد هنا، ولو أتلف عبداً مغنياً لزمه تمام قيمته أو أمة مغنية لم يلزمه ما زاد على قيمتها بسبب الغناء على النص المختار في الروضة لأن استماعه منها محرم عند خوف الفتنة، وقضيته أن العبد الأمرد الحسن كذلك، فإن تلف بسراية جناية ضمن بالأقصى من الجناية إلى التلف، لأنا إذا اعتبرنا الأقصى بالغصب ففي نفس الإتلاف أولى.

تتمة ـ لو وقع فصيل في بيت أو دينار في محبرة ولم يخرج الأول إلا بهدم البيت والثاني إلا بكسر المحبرة فإن كان الوقوع بتفريط صاحب البيت أو المحبرة فلا غرم على مالك الفصيل والدينار، وإلا غرم الأرش فإن كان الوقوع بتفريطهما فالوجه ـ كما قال الماوردي ـ أنه إنما يغرم النصف لاشتراكهما في التفريط كالمتصادمين، ولو أدخلت بهيمة رأسها في قدر ولم تخرج إلا بكسرها كسرت لتخليصها ولا تذبح المأكولة لذلك، ثم إن صحبها مالكها فعليه الأرش لتفريطه، فإن لم يكن معها فإن تعدى صاحب القدر بوضعها بموضع لا حق له فيه أو له فيه حق لكنه قدر على دفع البهيمة فلم يدفعها فلا أرش له، ولو تعدى كل من مالك القدر والبهيمة فحكمه حكم ما مر عن الماوردي، ولو ابتلعت بهيمة جوهرة لم تذبح لتخليصها وإن كانت مأكولة بل يغرم مالكها إن فرط في حفظها قيمة الجوهرة للحيلولة، فإن ابتلعت ما يفسد بالابتلاع غرم قيمته للفيصولة.

فَصْــلٌ

وَالشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ بِالْخُلْطَةِ دُونَ الْجِوَارِ

(فَصْــلٌ) فِي الـشُّفْعَةِ

وهي بإسكان الفاء، وحكي ضمها ـ لغة: الضم. وشرعاً: حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بمعاوضة. والأصل فيها خبر البخاري عن جابر رضي الله تعالى عنه «قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالشُّفْعَةِ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ»[١] وفي رواية له «فِي أَرْضٍ أَوْ رَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ» والربع: المنزل. والحائط: البستان والمعنى فيه دفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق كالمصعد والمنور والبالوعة في الحصة الصائرة إليه.

وذكرت عقب الغصب لأنها تؤخذ قهراً، فكأنها مستثناة من تحريم أخذ مال الغير قهراً.

[القَوْلُ فِي أَرْكَانِ الشُّفْعَةِ]

وأركانها ثلاثة: آخذ، ومأخوذ منه، ومأخوذ. والصيغة إنما تجب في التملك[٢]. وبدأ المصنف بشروط الآخذ فقال: (والشفعة واجبة) أي ثابتة للشريك[٣] (بالخلطة)[٤] أي: خلطة الشيوع، ولو كان الشريك مكاتباً أو غير عاقل كمسجد له شقص لم يوقف باع شريكه يأخذ له الناظر بالشفعة (دون) خلطة (الجوار)[٥] بكسر

---

(١) أخرجه البخاري ٤/٤٠٧ (٢٢١٣).

(٢) أي لا في الاستحقاق لأن الاستحقاق ثابت بلا لفظ أي فلا يصح عدّها من الأركان أي والشفعة حق التملك لا الملك فقوله والصيغة إنما تجب الخ. جواب عن سؤال مقدر تقديره لماذا جعلت الأركان ثلاثة ولم تعدّ الصيغة منها وهي قوله تملكت. فأجاب بأن كلامنا في أركان الاستحقاق وهو لا يتوقف ثبوته على صيغة.

(٣) دفع به توهم حمل الوجوب على حقيقته الموجبة لتحريم تركه.

(٤) أي الشركة في الأعيان أما الشركة في المنافع فلا شفعة فيها.

(٥) الصواب حذف خلطة لأن الجوار ليس فيه خلطة خلافاً للحنفية وما ورد فيه من الأخبار فمنسوخ أو محمول على ما قبل المنع أو خصوصية. وعبارة عبد البر وعند الحنفية تثبت للجار والمراد به =

فِيمَا يَنْقَسِمُ دُونَ مَا لاَ يَنْقَسِمُ، وَفِي كُلِّ مَا لاَ يُنْقَلُ مِنَ الأَرْضِ

الجيم، فلا تثبت للجار ولو ملاصقاً[٦] لخبر البخاري المار، وما ورد فيه محمول على الجار الشريك جمعاً بين الأحاديث، ولو قضى بالشفعة للجار حنفي لم ينقض حكمه ولو كان القضاء بها لشافعي كنظيره من المسائل الاجتهادية، ولا تثبت أيضاً لشريك في المنفعة فقط كأن ملكها بوصية، وتثبت لذمي على مسلم، ومكاتب على سيد، كعكسها، ولو كان لبيت المال شريك في أرض فباع شريكه كان للإمام الأخذ بالشفعة إن رآه مصلحة، ولا شفعة لصاحب شقص من أرض مشتركة موقوف عليه إذا باع شريكه نصيبه، ولا لشريكه إذا باع شريك آخر نصيبه كما أفتى به البلقيني، لامتناع قسمة الوقف عن الملك، ولانتفاء ملك الأول عن الرقبة.

نعم على ما اختاره الروياني والنووي من جواز قسمته عنه لا مانع من أخذ الثاني وهو المعتمد إن كانت القسمة قسمة إفراز.

[القَوْلُ فِي شُرُوطِ الْمَأْخُوذِ بِالشُّفْعَةِ]

ويشترط في المأخوذ وهو الركن الثاني: أن يكون (فيما ينقسم) أي فيما يقبل القسمة إذا طلبها الشريك: بأن لا يبطل نفعه المقصود منه لو قسم، بأن يكون بحيث ينتفع به بعد القسمة من الوجه الذي كان ينتفع به قبلها كطاحون وحمام كبيرين، وذلك لأن علة ثبوت الشفعة في المنقسم كما مر دفع ضرر مؤنة القسمة، والحاجة إلى أفراد الحصة الصائرة للشريك بالمرافق، وهذا الضرر حاصل قبل البيع، ومن حق الراغب فيه من الشريكين أن يخلص صاحبه منه بالبيع له، فلما باع لغيره سلطه الشرع على أخذه منه (دون ما لا ينقسم) بأن يبطل نفعه المقصود منه لو قسم كحمام وطاحون صغيرين، وبذلك علم أن الشفعة تثبت لمالك عشر دار صغيرة إن باع شريكه بقيتها لاعكسه، لأن الأول يجبر على القسمة دون الثاني (و) أن يكون (في كل ما لا ينقل من الأرض) بأن تكون أرض بتوابعها كشجر وثمر غير مؤبر وبناء وتوابعه من أبواب وغيرها غير نحو ممر كمجرى نهر لا غنى عنه، فلا شفعة في بيت على سقف ولو مشتركاً، ولا

= الملاصق وكذا المقابل إذا كان الطريق الذي بينهما غير نافذ لنا أي يدل لنا حديث «الشفعة فيما لم يقسم».

كَالْعَقَارِ وَغَيْرِهِ، بِالثَّمَنِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ

في شجر أفرد بالبيع أو بيع مع مغرسه فقط، ولا في شجر جاف شرط دخوله في بيع أرض لانتفاء التبعية، ولا في نحو ممر دار لا غنى عنه، فلو باع داره وله شريك في ممرها الذي لا غنى عنه فلا شفعة فيه حذراً من الإضرار بالمشتري، بخلاف ما لو كان له غنى عنه بأن كان للدار ممر آخر أو أمكنه إحداث ممر لها إلى الشارع أو نحوه ومثل المصنف لما لا ينقل بقوله (كالعقار) بفتح العين، وهو اسم للمنزل وللأرض والضياع كما في تهذيب النووي وتحريره، حكاية عن أهل اللغة (وغيره) أي العقار مما في معناه كالحمام الكبير إذا أمكن جعله حمامين والبناء والشجر تبعاً للأرض كما تقدم.

تنبيه ـ قد علم من كلام المصنف أن كل ما ينقل لا يثبت فيه شفعة، وهو كذلك إن لم يكن تابعاً كما مر، ومن المنقول الذي لا تثبت فيه شفعة البناء على الأرض المحتكرة[1] فلا شفعة فيه كما ذكره الدميري. وهي مسألة كثيرة الوقوع، وأن يملك المأخوذ بعوض كبيع ومهر وعوض خلع وصلح دم، فلا شفعة فيما لم يملك وإن جرى سبب ملكه كالجعل قبل الفراغ من العمل، ولا فيما ملك بغير عوض كإرث ووصية وهبة بلا ثواب.

ويشترط في المأخوذ منه ـ وهو الركن الثالث ـ تأخر سبب ملكه عن سبب ملك الآخذ، فلو باع أحد الشريكين نصيبه بشرط الخيار له فباع الآخر نصيبه في زمن الخيار بيع بت فالشفعة للمشتري الأول وإن لم يشفع بائعه، لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الثاني، لا للثاني وإن تأخر عن ملكه ملك الأول، لتأخر سبب ملكه عن سبب ملك الأول، وكذلك لو باع مرتباً بشرط الخيار لهما دون المشتري سواء أجازا معاً أم أحدهما قبل الآخر، بخلاف ما لو اشترى اثنان داراً أو بعضها معاً فلا شفعة لأحدهما على الآخر لعدم السبق.

ويأخذ الشفيع الشقص من المشتري (بالثمن) المعلوم (الذي وقع عليه)

---

(١) أي المجعول عليها أجرة مؤبدة. وصورة المحتكرة على ما جرت به العادة الآن أن يؤذن في البناء في أرض موقوفة أو مملوكة بأجرة مقدرة في كل سنة في مقابلة الأرض من غير تقدير مدة فهي كالخراج المضروب على الأرض في كل سنة بكذا.

عقد (البيع) أو غيره؛ فيأخذ في ثمن مثلي كنقد وحب بمثله إن تيسر[١]، وإلا فبقيمته، وفي متقوم كعبد وثوب بقيمته كما في الغصب، وتعتبر قيمته وقت العقد من بيع ونكاح وخلع وغيرها، لأنه وقت ثبوت الشفعة، ولأن ما زاد في ملك المأخوذ منه، وخير الشفيع في ثمن مؤجل بين تعجيله مع أخذه حالاً وبين صبره إلى الحلول ثم يأخذه وإن حل المؤجل بموت المأخوذ منه لاختلاف الذمم، وإن ألزم بالأخذ حالاً بنظيره من الحال أضر بالشفيع، لأن الأجل يقابله قسط من الثمن، وعلم بذلك أن المأخوذ منه لو رضي بذمة الشفيع لم يخير وهو الأصح، ولو بيع مثلاً شقص وغيره كثوب أخذ الشقص بقدر حصته من الثمن باعتبار القيمة، فلو كان الثمن مائتين وقيمة الشقص ثمانين، وقيمة المضموم إليه عشرين أخذ الشقص بأربعة أخماس الثمن، ولا خيار للمشتري بتفريق الصفقة عليه لدخوله فيها عالماً بالحال، وخرج بالمعلوم الذي قدرته في كلامه ما إذا اشترى بجزاف نقداً كان أو غيره امتنع الأخذ بالشفعة لتعذر الوقوف على الثمن، والأخذ بالمجهول غير ممكن وهذه من الحيل المسقطة للشفعة، وهي مكروهة[٢] لما فيها من إبقاء الضرر، وصورها كثيرة: منها أن يبيعه الشقص بأكثر من ثمنه بكثير ثم يأخذ به عبداً يساوي ما تراضيا عليه عوضاً عن الثمن أو يحط عن المشتري ما يزيد عليه بعد انقضاء الخيار، ومنها أن يبيعه بمجهول مشاهد حال ويقبضه ويخلطه بغيره بلا وزن في الموزون أو ينفقه أو يتلفه، ومنها أن يشتري من الشقص جزءاً بقيمة الكل ثم يهبه الباقي، ومنها أن يهب له الشقص بلا ثواب ثم يهب له الآخر قدر قيمته، فإن خشي[٣] عدم الوفاء بالهبة وكلا أمينين ليقبضاهما[٤] منهما معاً، بأن

---

(١) ضابط التيسر ما دون مرحلتين وقوله وإلا أي وإن لم يتيسر بأن فقد حساً أو شرعاً كأن وجد بأكثر من ثمن مثله.

(٢) أي قبل ثبوت الشفعة أما بعد ثبوتها فتحرم ووجه الحرمة في الثانية تفويته الحق بعد ثبوته بخلافه في الأولى فإن الحق لم يثبت. وقوله مكروهة أي لا في دفع شفعة الجار الذي يأخذ بها عند القائل بها شرح الروض.

(٣) أي كل عبارة الروض خشياً وهو المناسب لقوله وكلا نعم الإفراد يناسب قوله أن يهب.

(٤) أي الأمينان منهما أي المتعاقدين وقوله معاً ليس بقيد.

وَهِيَ عَلَى الْفَوْرِ،

يهبه الشقص ويجعله في يد أمين ليقبضه إياه ثم يتقابضا في حالة واحدة ومنها أن يشتري بمتقوم قيمته مجهولة كفص ثم يضيعه أو يخلطه بغيره، فإن كان غائباً لم يلزم البائع إحضاره ولا الإخبار بقيمته.

ولو عين الشفيع قدر ثمن الشقص كقوله للمشتري «اشتريته بمائة درهم» وقال المشتري «لم يكن ذلك الثمن معلوم القدر» حلف على نفي العلم بقدره، لأن الأصل عدم علمه به، فإن ادعى الشفيع علم المشتري بالثمن ولم يعين له قدراً لم تسمع دعواه، لأنه لم يدع حقاً له.

تنبيه ـ لو ظهر الثمن مستحقاً بعد الأخذ بالشفعة: فإن كان معيناً كأن اشترى بهذه المائة بطل البيع والشفعة لعدم الملك، وإن اشترى بثمن في الذمة ودفع عما فيها فخرج المدفوع مستحقاً أبدل المدفوع وبقي البيع والشفعة، وإن دفع الشفيع مستحقاً لم تبطل الشفعة، وإن علم مستحق، لأنه لم يقصر في الطلب والأخذ سواء أخذ بمعين أم لا، فإن كان معيناً في العقد احتاج تملكاً جديداً وكخروج ما ذكر مستحقاً خروجه نحاساً، وللمشتري تصرف في الشقص، لأنه ملكه، وللشفيع فسخه بأخذ الشقص سواء أكان فيه شفعة كبيع أم لا كوقف وهبة لأن حقه سابق على هذا التصرف، وله أخذ بما فيه شفعة من التصرف كبيع لذلك ولأنه ربما كان العوض فيه أقل أو من جنس هو عليه أيسر.

[القَوْلُ فِي طَلَبِ الشُّفْعَةِ عَلَى الْفَوْرِ]

(وهي) أي الشفعة بعد علم الشفيع بالبيع (على الفور) لأنها حق ثبت لدفع الضرر فكان على الفور كالرد بالعيب، والمراد بكونها على الفور هو طلبها وإن تأخر التملك[1]، واستثني من الفورية عشر صور[2] ذكرتها في شرح المنهاج: منها أنه لو

---

(١) هذا ضعيف والأوجه أنه لا بد من الفور في التملك عقب الفور في سبب الأخذ وهو الطلب بأن يقول أنا طالب للشفعة والحاصل أن طلبها فوري حقيقة وأن التملك بها فوري إضافي وعباره شرح م ر والأظهر أن الشفعة أي طلبها وإن تأخر التملك على الفور اهـ فهو موافق لما في الشرح فكلام الشارح معتمد خلافاً لمن ضعف.

(٢) منها التأخير لانتظار ادراك الزرع وحصاده، ومنها تأخير الولي أو عفوه فإنه لا يسقط حق المولى =

فَإِنْ أَخَّرَهَا مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهَا بَطَلَتْ

قال: لم أعلم أن لي الشفعة وهو ممن يخفى عليه ذلك، ومنها لو قال العامي: «لا أعلم أن الشفعة على الفور» فإن المذهب هنا وفي الرد بالعيب قبول قوله.

فإذا علم بالبيع مثلاً فليبادر عقب علمه بالشراء على العادة، ولا يكلف البدار على خلافها بالعدو ونحوه بل يرجع فيه إلى العرف، فما عده العرف تقصيراً وتوانياً كان مسقطاً، وما لا فلا (فإن أخرها) أي الشفعة مع العلم بالبيع مثلاً بأن لم يطلبها (مع القدرة عليها) بأن لم يكن عذر (بطلت) أي الشفعة لتقصيره.

وخرج بالعلم ما إذا لم يعلم فإنه على شفعته ولو مضى سنون، ولا يكلف الإشهاد على الطلب إذا سار طالباً في الحال أو وكل في الطلب فلا تبطل شفعته بتركه، وخرج بعدم العذر ما إذا كان معذوراً ككونه مريضاً مرضاً يمنع من المطالبة لا كصداع يسير، أو كان محبوساً ظلماً، أو بدين وهو معسر وعاجز عن البينة، أو غائباً عن بلد المشتري، فلا تبطل شفعته بالتأخير، فإن كان العذر يزول عن قرب كالمصلي والآكل وقاضي الحاجة والذي في الحمام كان له التأخير أيضاً إلى زواله، ولا يكلف القطع على خلاف العادة، ولا يكلف الاقتصار في الصلاة على أقل ما يجزىء، بل له أن يستوفي[1] المستحب للمنفرد فإن زاد عليه فالذي يظهر أنه لا يكون عذراً، ولم أر من تعرض لذلك[2]، فلو حضر وقت الصلاة والطعام أو قضاء الحاجة جاز له أن يقدمها وأن يلبس ثوبه فإذا فرغ طالب بالشفعة، فإن كان في ليل فحتى يصبح[3]، ولو أخر

= عليه ولو أخذ الشفيع الأرض المزروعة بقي زرعه أي المشتري إلى أوان الحصاد بلا أجرة.

(١) المعتمد أن له الزيادة على ركعتين فيما لو نوى نفلاً مطلقاً لكن يزيد إلى حدّ لا يعد به مقصراً لأن له إنشاء النفل بعد علمه بالبيع.

(٢) لكنهم اكتفوا عن ذلك بقولهم عرفاً.

(٣) أي إن عدّ الليل عذراً في حقه وإلا بأن لم يكن عذراً كأن كان من أهل الدولة أو كان في رمضان فعليه الطلب فيه. قال سم والكلام في مسألة الليل كما هو ظاهر حيث لم يمكنه إعلام المشتري بلا مشقة ككونه عنده أو بالقرب منه ونحو ذلك؛ ولو تمكن من إشهاد جيرانه ليلاً أو مواكليه لو كان على طعام فتركه ففي بطلان شفعته وجهان للقاضي أظهرهما لا تبطل ولو قرن شغلاً بشغل بأن فرغ من الأكل ودخل الحمام بطل حقه إلا أن يكون له حاجة مرهقة كالجنابة قاله في الأنوار وقوله ككونه عنده مثال للمنفي.

وَإِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى شِقْصٍ أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِمَهْرِ الْمِثْل وَإِنْ كَانَ الشُّفَعَاءُ جَمَاعَةً اسْتَحَقُّوهَا عَلَى قَدْرِ الأَمْلاَكِ.

الطلب بها وقال: «لم أصدق المخبر ببيع الشريك الشقص» لم يعذر إن أخبره عدلان أو عدل وامرأتان بذلك، وكذا إن أخبره ثقة حر أو عبد أو امرأة في الأصح لأنه إخبار وخبر ثقة مقبول، ويعذر في خبر من لا يقبل خبره كفاسق وصبي ولو مميزاً، ولو أخبر الشفيع بالبيع بألف وترك الشفعة فبان بخمسمائة بقي حقه في الشفعة لأنه لم يتركه زاهداً بل للغلاء فليس مقصراً، وإن بان بأكثر مما أخبر به بطل حقه لأنه إذا لم يرغب فيه بالأقل فبالأكثر أولى، ولو لقي الشفيع المشتري فسلم عليه أو سأله عن الثمن أو قال له: «بارك الله لك في صفقتك» لم يبطل حقه، أما في الأولى فلأن السلام سنة قبل الكلام، وأما في الثانية فلأن جاهل الثمن لا بد له من معرفته وقد يريد العارف إقرار المشتري، وأما في الثالثة فلأنه قد يدعو بالبركة ليأخذ صفقة مباركة.

(وإذا تزوج امرأة) أو خالعها (على شقص) فيه شفعة، وهو بكسر الشين المعجمة وإسكان القاف اسم للقطعة من الأرض وللطائفة من الشيء كما اتفق عليه أهل اللغة (أخذه الشفيع) أي شريك المصدق أو المخالع من المرأة في الأولى ومن المخالع في الثانية (بمهر المثل) معتبراً بيوم العقد؛ لأن البضع متقوم وقيمته مهر المثل، وتجب في المتعة متعة مثلها لا مهر مثلها لأنها الواجبة بالفراق، والشقص عوض عنها ولو اختلفا في قدر القيمة المأخوذ بها الشقص المشفوع صدق المأخوذ منه بيمينه، قاله الروياني.

(وإن كان الشفعاء جماعة) من الشركاء (استحقوها على قدر الأملاك) لأنها حق مستحق بالملك فقسط على قدره كالأجرة والثمرة، فلو كانت أرض بين ثلاثة لواحد نصفها ولآخر ثلثها ولآخر سدسها فباع الأول حصته أخذ الثاني سهمين والثالث سهماً، وهذا ما صححه الشيخان وهو المعتمد، وقيل: يأخذون بعدد الرؤوس واعتمده جمع من المتأخرين قال الإسنوي: إن الأول خلاف مذهب الشافعي، ولو باع أحد الشريكين بعض حصته لرجل ثم باقيها لآخر فالشفعة في البعض الأول للشريك القديم لانفراده بالحق، فإن عفا عنه شاركه المشتري الأول في البعض الثاني لأنه صار شريكه مثله قبل البيع الثاني، فإن لم يعف عنه بل أخذه لم يشاركه فيه لزوال ملكه، ولو عفا أحد شفيعين عن حقه أو بعضه سقط حقه كالقود وأخذ الآخر

فَصْلٌ

الكل أو تركه فلا يقتصر على حصته لئلا تتبعض الصفقة على المشتري أو حضر أحدهما وغاب الآخر أخر الأخذ إلى حضور الغائب لعذره في أن لا يأخذ ما يؤخذ منه أو أخذ الكل فإذا حضر الغائب شاركه فيه لأن الحق لهما فليس للحاضر الاقتصار على حصته لئلا تتبعض الصفقة على المشتري لو لم يأخذه الغائب، وما استوفاه الحاضر من المنافع كالأجرة والثمرة لا يزاحمه فيه الغائب، وتتعدد الشفعة بتعدد الصفقة أو الشقص، فلو اشترى اثنان من واحد شقصاً أو اشتراه واحد من اثنين فللشفيع أخذ نصيب أحدهما وحده لانتفاء تبعيض الصفقة على المشتري، أو واحد شقصين من دارين فللشفيع أخذ أحدهما، لأنه لا يفضي إلى تبعيض شيء واحد في صفقة واحدة.

تتمة ـ لو كان لمشتر حصة في أرض كأن كانت بين ثلاثة أثلاثاً فباع أحدهم نصيبه لأحد صاحبيه اشترك مع الشفيع في المبيع بقدر حصته لاستوائهما في الشركة، فيأخذ الشفيع في المثال السدس لا جميع المبيع كما لو كان المشتري أجنبياً، ولا يشترط في ثبوت الشفعة حكم بها من حاكم لثبوتها بالنص، ولا حضور ثمن كالبيع، ولا حضور مشتر، ولا رضاه كالرد بالعيب. وشرط في تملك بها: رؤية شفيع الشقص، وعلمه بالثمن كالمشتري وليس للمشتري منعه من رؤيته، وشرط فيه أيضاً لفظ يشعر بالتملك، وفي معناه ما مر في الضمان كتملكت أو أخذت بالشفعة مع قبض مشتر الثمن أو مع رضاه يكون الثمن في ذمة الشفيع، ولا ربا أو مع حكم له بالشفعة إذا حضر مجلسه وأثبت حقه فيها وطلبه.

(فَصْلٌ) فِي الْقِرَاضِ(١)

وهو مشتق من القرض وهو القطع، سمي بذلك، لأن المالك قطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها وقطعة من الربح، ويسمى أيضاً، مضاربة، ومقارضة.

والأصل فيه الإجماع والحاجة، واحتج له الماوردي بقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ

(١) فصل في القراض: ذكره عقب الشفعة لأن الحاجة داعية إلى جواز كل منهما لكن الحاجة في الشفعة لدفع الضرر وهنا لنفع المالك والعامل وذكره في البحر عقب الوديعة لاشتمالهما على دفع المالك عين ماله لغيره وعلى تصديق الآخذ فيهما في الرد والتلف.

وَلِلْقِرَاضِ أَرْبَعَةُ شُرُوطٍ: أَنْ يَكُونَ عَلَى نَاضٍّ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ،

جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُم﴾ [البقرة: ١٨٩] وَبِأَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «ضَارَبَ لِخَدِيجَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهَا بِمَالِهَا إِلَى الشَّامِ وَأَنْفَذَتْ مَعَهُ عَبْدَهَا مَيْسَرَةَ».

وحقيقته: توكيل مالك بجعل ماله بيد آخر ليتجر فيه والربح مشترك بينهما.

[القَوْلُ فِي أَرْكَانِ القِرَاضِ]

وأركانه ستة: مالك، وعمل، وعامل، وربح، وصيغة، ومال ويعرف بعضها من كلام المصنف وباقيها من شرحه.

(وللقراض أربعة شروط):

الأول: (أن يكون) عقده (على ناضٍ) بالمد وتشديد المعجمة ـ وهو: ما ضرب (من الدراهم) الفضة الخالصة (و) من (الدنانير)[1] الخالصة.

وفي هذا إشارة إلى أن شرط المال الذي هو أحد الأركان أن يكون نقداً خالصاً، ولا بد أن يكون معلوماً جنساً وقدراً وصفة، وأن يكون معيناً بيد العامل؛ فلا يصح على عرض ولو فلوساً وتبراً وحلياً ومنفعة، لأن في القراض إغراراً إذ العمل فيه غير مضبوط والربح غير موثوق به. وإنما جوز للحاجة؛ فاختص بما يروج بكل حال وتسهل التجارة به، ولا على نقد مغشوش ولو رائجاً لانتفاء خلوصه، نعم إن كان غشه مستهلكاً جاز، قاله الجرجاني، ولا على مجهول جنساً أو قدراً أو صفة ولا على غير معين: كأن قارضه على ما في الذمة من دين أو غيره، وكأن قارضه على إحدى صرتين ولو متساويتين، ولا يصح بشرط كون المال بيد غير العامل كالمالك ليوفي منه ثمن ما اشتراه العامل؛ لأنه قد لا يجده عند الحاجة.

---

(١) شملت عبارته الدراهم والدنانير في ناحية لا يتعامل بها فيها ونقل الغزالي الاتفاق عليه ويوافقه قول ابن الرفعة والأشبه جوازه على نقد أبطله السلطان وإن نظر فيه الأذرعي إذا عزّ وجوده أو خيف عزته عند المفاصلة. لكن نقل الإمام عن شيخه إلحاقه بما يروج من الفلوس اهـ وعبارة م ر ولو أبطله السلطان جاز عقده كما بحثه ابن الرفعة وتنظير الأذرعي فيه بأنه قد يعزّ وجوده أو يخاف عزته عند المفاصلة يردّ بأن الغالب مع ذلك تعسر الاستبدال به وقوله لكن نقل الخ أي فالمعتمد عدم صحة القراض عليها لكن انظر على هذا على أي شيء يقارض.

يَأْذَنَ رَبُّ الْمَالِ لِلْعَامِلِ فِي التَّصَرُّفِ مُطْلَقاً،

وشرط في المالك ما شرط في موكل، وفي العامل ما شرط في وكيل، وهما الركنان الأولان؛ لأن القراض توكيل وتوكل[١]، وأن يستقل العامل بالعمل ليتمكن من العمل متى شاء، فلا يصح عمل غيره معه، لأن انقسام العمل يقتضي انقسام اليد، ويصح شرط إعانة مملوك المالك معه في العمل، ولا يد للمملوك، لأنه مال فجعل عمله تبعاً للمال، وشرطه أن يكون معلوماً برؤية أو وصف، وإن شرطت نفقته عليه جاز.

(و) **الشرط الثاني**: (أن يأذن رب المال للعامل في التصرف) في البيع والشراء (مطلقاً) وفي هذا إشارة إلى الركن الرابع[٢]، وهو العمل فشرطه أن يكون في تجارة، وأشار بقوله (مُطلقاً) إلى اشتراط أن لا يضيق العمل على العامل، فلا يصح شراء بر يطحنه ويخبزه أو غزل ينسجه ويبيعه، لأن الطحن وما معه أعمال لا تسمى تجارة، بل أعمال مضبوطة يستأجر عليها: ولا على شراء[٣] متاع معين كقوله: «ولا تشتر إلا هذه السلعة» لأن المقصود من العقد حصول الربح وقد لا يحصل فيما يعينه

---

(١) فيجوز أن يكون المالك أعمى دون العامل ولا يجوز أن يكون أحدهما سفيهاً ولا صبياً ولا مجنوناً ولوليهم أن يقارض لهم من يجوز الإيداع عنده وله أن يشرط له أكثر من أجرة المثل إن لم يجد كافياً غيره. وينبغي أن لا تجوز مقارضة الأعمى على معين كما يمتنع بيعه المعين وأن لا يجوز إقباضه المعين فلا بد من توكيله سم. وأما المحجور عليه بالفلس فلا يصح أن يقارض ويصح أن يكون عاملاً ويصح القراض من المريض ولا يحسب ما زاد على أجرة المثل من الثلث لأن المحسوب منه ما يفوته من ماله والربح ليس بحاصل حتى يفوته وإنما هو شيء يتوقع حصوله بخلاف مساقاته فإنه يحسب فيها ذلك من الثلث لأن الثمار فيها من عين المال.

(٢) صوابه إلى الركن الثالث.

(٣) محترز الشرط الثاني وهو أن لا يضيق العمل على العامل ولو قارضه على أن يشتري الحنطة ويخزنها مدة فإذا ارتفع سعرها باعها لم يصح قاله القاضي حسين لأن الربح غير حاصل من جهة التصرف وفي البحرنحوه. وهو ظاهر بل هو قال على أن تشتري حنطة وتبيعها في الحال لم يصح، أي لتضييقه عليه بطلب الفورية في الشراء والبيع وعليه فلو حذف قوله في الحال كان قراضاً صحيحاً، ظاهر أنه لو قارضه ولم يشرط الخزن فاشترى هو وخزنه باختياره إلى ارتفاع السعر لم يضر لأنه إذا شرط لم يجعل التصرف إلى رأي العامل بخلافه إذا لم يشرط.

أَوْ فِيمَا لاَ يَنْقَطِعُ وُجُودُهُ غَالِباً، وَأَنْ يَشْتَرِطَ لَهُ جُزْءاً مَعْلُوماً مِنَ الرِّبْحِ، وَأَنْ لاَّ يُقَدَّرَ بِمُدَّةٍ.

فيختل العقد (أو) أي لا يضر في العقد إذنه (فيما لا ينقطع وجوده غالباً) كالبر، ويضر فيما يندر وجوده كالياقوت الأحمر والخيل البلق، لحصول المقصود وهو الربح في الأول دون الثاني، ولا يصح على معاملة شخص معين كقوله «ولا تبع إلا لزيد» أو «لا تشتر إلا منه».

(و) الشرط الثالث وهو الركن الخامس[1]: (أن يشترط) المالك (له) أي للعامل في صلب العقد (جزءاً) ولو قليلاً (معلوماً) لهما (من الربح) بجزأيه كنصف أو ثلث، فلا يصح القراض على أن لأحدهما معيناً أو مبهماً الربح أو أن لغيرهما منه شيئاً لعدم كونه لهما، والمشروط لمملوك أحدهما كالمشروط له، فيصح في الثانية دون الأولى، أو على أن لأحدهما شركة أو نصيباً فيه للجهل بحصة العامل، أو على أن لأحدهما عشرة أو ربح صنف لعدم العلم بالجزئية، ولأنه قد لا يربح غير العشرة أو غير ربح ذلك الصنف فيفوز أحدهما بجميع الربح، أو على أن للمالك النصف مثلاً، لأن الربح فائدة رأس المال فهو للمالك إلا ما ينسب منه للعامل ولم ينسب له شيء منه، بخلاف ما لو قال «على أن للعامل النصف» مثلاً فيصح، ويكون الباقي للمالك، لأنه بين ما للعامل والباقي للمالك بحكم الأصل، وصح في قوله «قارضتك والربح بيننا» وكان نصفين كما لو قال: «هذه الدار بين زيد وعمرو».

وشرط في الصيغة ـ وهو الركن السادس ـ ما مر فيها في البيع، بجامع أن كلاًّ منهما عقد معاوضة كقارضتك أو عاملتك في كذا على أن الربح بيننا، فيقبل العامل لفظاً.

(و) الرابع من الشروط (أن لا يقدر) أحدهما العمل (بمدة) كسنة، سواء أسكت

---

(١) وهو الربح وهو خامس بالنسبة لكلام المصنف وإن كان رابعاً في كلام الشارح المتقدم ووجه كونه خامساً في كلام المصنف أنه ذكر المال أوّلاً بقوله أن يكون على ناضّ الخ وإن كان هو الأخير في عدّ الأركان لأنه لا ترتيب بينها وقوله أن يأذن رب المال اشتمل على أركان ثلاثة وهي المالك والعامل والعمل لأنه ذكره بقوله في التصرف فيكون الربح هو الركن الخامس في كلامه.

. . . .

أم منعه التصرف أم البيع بعدها أم الشراء، لاحتمال عدم حصول المقصود وهو الربح فيها، فإن منعه الشراء فقط بعد مدة كقوله «ولا تشترِ بعد سنة» صح لحصول الاسترباح بالبيع الذي له فعله بعدها، ومحله كما قال الإمام أن تكون المدة يتأتى فيها الشراء لغرض الربح، بخلاف نحو ساعة.

تنبيه ـ قد علم من امتناع التأقيت امتناع التعليق، لأن التأقيت أسهل منه بدليل احتماله في الإجارة والمساقاة، ويمتنع أيضاً تعليق التصرف بخلاف الوكالة لمنافاته غرض الربح، ويجوز تعدد كل من المالك والعامل. فللمالك أن يقارض اثنين متفاضلاً ومتساوياً في المشروط لهما من الربح، كأن يشترط لأحدهما ثلث الربح وللآخر سدس الربح، أو يشرط لهما النصف بالسوية، سواء أشرط على كل منهما مراجعة الآخر أم لا، ولمالكين أن يقارضا واحداً ويكون الربح بعد نصيب العامل بينهما بحسب المال، فإذا شرطا للعامل نصف الربح ومال أحدهما مائتان ومال الآخر مائة قسم النصف الآخر أثلاثاً، فإن شرطا غير ما تقتضيه النسبة فسد العقد، وإذا فسد القراض صح تصرف العامل للإذن فيه والربح كله للمالك لأنه نماء ملكه، وعليه للعامل ـ إن لم يقل والربح لي ـ أجرة مثله، لأنه لم يعمل مجاناً، وقد فاته المسمى، ويتصرف العامل ولو بعرض بمصلحة، لأن العامل في الحقيقة وكيل، لا بغبن فاحش، ولا بنسيئة بلا إذن ولكل من المالك والعامل رد بعيب إن فقدت مصلحة الإبقاء، فإن اختلفا عمل بالمصلحة في ذلك، ولا يعامل العامل المالك كأن يبيعه شيئاً من مال القراض لأن المال له، ولا يشتري بأكثر من مال القراض رأس مال وربحاً، ولا يشتري زوج المالك ذكراً كان أو أنثى ولا من يعتق عليه لكونه بعضه بلا إذن منه، فإن فعل ذلك بغير إذنه لم يصح الشراء في غير الأولى ولا في الزائد فيها، لأنه لم يأذن في الزائد فيها ولتضرره بانفساخ النكاح وتفويت المال في غيرها، إلا إن اشترى في ذمته فيقع للعامل، ولا يسافر بالمال بلا إذن لما فيه من الخطر، فإن أذن له جاز لكن لا يجوز في البحر إلا بنص عليه ولا يمون منه نفسه حضراً ولا سفراً، وعليه فعل ما يعتاد فعله كطي ثوب ووزن[1] خفيف كذهب.

(١) الجر عطف على طيّ وضبطه المحلي بالرفع ومقتضاه وجوب ذلك وإن لم يعتد.

وَلاَ ضَمَانَ عَلَى الْعَامِلِ إلاَّ بِعُدْوَانٍ،

[القَوْلُ فِي ضَمَانِ مَالِ القِرَاضِ]

(ولا ضمان على العامل) بتلف المال أو بعضه؛ لأنه أمين فلا يضمن (إلا بعدوان)[١] منه كتفريط أو سفر في بر أو بحر بغير إذن. ويقبل قوله في التلف إذا أطلق، فإن أسنده إلى سبب فعلى التفصيل الآتي في الوديعة[٢].

ويملك العامل حصته من الربح بقسمة لا بظهور، لأنه لو ملكها بالظهور لكان شريكاً في المال فيكون النقص الحاصل بعد ذلك محسوباً عليهما وليس كذلك[٣] لكنه

---

(١) فإن قصر في حفظه أو استعمله لغير جهة القراض أو سافر به بلا إذن أو في البحر بلا نصّ أو خلط مال القراض بمال نفسه أو بمال مقارض له آخر أو بمال آخر لذلك المقارض وقد قارضه عليهما في عقدين أو أخذ للقراض ما يعجز عنه أو قصر ثوب القراض أو صبغه بلا إذن كما قاله الإمام.
ولو مات العامل لم تسمع الدعوى على ورثته إلا إن ادعى تفريط مورثهم أو أن المال بأيديهم فيحلفون على نفي العلم في الأولى وعلى البتّ في الثانية.
فرع: لو استعمل العامل دوابّ القراض وجبت عليه الأجرة من ماله للمالك ولا يجوز استعمال دواب القراض إلا بإذن العامل فإن خالف فلا شيء فيه سوى الإثم.
فرع: يحرم وطء جارية القراض وتزويجها وليس وطء المالك لها فسخاً ولا موجباً مهراً واستيلاده كإعتاقه ويغرم للعامل حصته من الربح فإن وطىء العامل عالماً ولا ربح حدّ وإلا فلا ويثبت المهر ويجعل في مال القراض أي لأنه حصل بفعله وهو المعتمد خلافاً للأذرعي وغيره حيث اعتمد أنه للمالك وقال إن الأول طريقة عندهما.

(٢) وهو أن يصدّق بيمينه في أربع صور إذا لم يذكر سبباً أو ذكر سبباً خفياً كسرقة أو ظاهراً كحريق عرف دون عمومه أو عرف هو وعمومه واتهم. ويصدق بلا يمين في صورة وهي ما إذا ذكر سبباً ظاهراً عرف هو وعمومه ولم يتهم ويصدق باليمين والبينة معاً في صورة وهي ما إذا جهل السبب الظاهر فإنه يطالب بالبينة بوجوده ثم يحلف أن التلف به. فالصور ستة لكن هل من السبب الخفي ما لو ادعى موت الحيوان أم لا بل هو من الظاهر لإمكان إقامة البينة عليه فيه نظر ولا يبعد أنه إن غلب حصول العلم بموته لأهل محلته كموت جمل في قرية أو محلة كان من الظاهر فلا يقبل قوله إلا ببينة وإلا كأن كان ببريّة أو كان الحيوان صغيراً لا يعلم موته عادة كدجاجة قبل قوله لأنه من الخفي.

(٣) لأنه يجبر بالربح فهو محسوب على الربح مثال ذلك المال مائة والربح مائة ثم حصل خسر مائة فتكون هي الربح فيرجع المال إلى مائة فلو ملك العامل حصته بالظهور لكان له نصف الربح فإذا =

وَإِذَا حَصَلَ رِبْحٌ وَخُسْرَانٌ جُبِرَ الْخُسْرَانُ بِالرِّبْحِ.

إنما يستقر ملكه بالقسمة إن نض رأس المال وفسخ العقد، حتى لو حصل بعد القسمة فقط نقص جبر بالربح المقسوم، ويستقر ملكه أيضاً بنضوض المال، والفسخ بلا قسمة، وللمالك ما حصل من مال قراض كثمر ونتاج وكسب ومهر وغيرها والزوائد العينية الحاصلة بغير تصرف العامل، لأنه ليس من فوائد التجارة.

(وإذا حصل) فيما بيده من المال (ربح وخسران) بعده بسبب رخص أو عيب حادث (جبر الخسران) الحاصل برخص أو عيب حادث (بالربح) لاقتضاء العرف ذلك، وكذا لو تلف بعضه بآفة سماوية بعد تصرف العامل ببيع وشراء، قياساً على ما مر، ولو أخذ المالك بعضه قبل ظهور ربح وخسران رجع رأس المال للباقي بعد المأخوذ، أو أخذ بعضه بعد ظهور ربح فالمال المأخوذ ربح ورأس مال، مثاله، المال مائة والربح عشرون وأخذ عشرين فسدسها وهو ثلاثة وثلث من الربح، لأن الربح سدس المال فيستقر للعامل المشروط له منه وهو واحد وثلثان إن شرط له نصف الربح، أو أخذ بعضه بعد ظهور خسر فالخسر موزع على المأخوذ والباقي، مثاله: المال مائة والخسر عشرون وأخذ عشرين فحصتها من الخسر ربع الخسر فكأنه أخذ خمسة وعشرين فيعود رأس المال إلى خمسة وسبعين، ويصدق العامل في عدم الربح، وفي قدره؛ لموافقته فيما نفاه للأصل، وفي شراء له أو للقراض وإن كان خاسراً، ولو اختلفا في القدر المشروط له تحالفا كاختلاف المتبايعين في قدر الثمن، وللعامل بعد الفسخ أجرة المثل، ويصدق في دعوى رد المال للمالك؛ لأنه ائتمنه كالمودع، بخلاف نظيره في المرتهن والمستأجر.

فائدة ـ كل أمين ادعى الرد على من ائتمنه[1] صدق بيمينه، إلا المرتهن والمستأجر.

= حصل خسر مائة على ما مر كان ذلك الخسر موزعاً على الربح وأصل المال فيخص المالك ثلاثة أرباع الخسر والعامل ربع الخسر لأن حصة العامل حينئذ خمسون وهي ربع المال فيخصه من الخسران ربعه وهو خمسة وعشرون والباقي وهو خمسة وسبعون على المالك.

(١) كذا في نسخ والذي بخط المؤلف من استأمنه.

فَصْــلٌ

[القَوْلُ فِي: القِرَاضُ عَقْدٌ جَائِزٌ]

تتمة ـ القراض عقد جائز من الطرفين، لكل من المالك والعامل فسخه متى شاء وينفسخ بما تنفسخ به الوكالة كموت أحدهما أو جنونه لما مر أنه توكيل وتوكل، ثم بعد الفسخ أو الانفساخ يلزم العامل استيفاء الدين، لأنه ليس في قبضته، ورد قدر رأس المال لمثله بأن ينضضه وإن كان قد باعه بنقد على غير صفته أو لم يكن ربح، لأن في عهدته رد رأس المال كما أخذه، هذا إذا طلب المالك الاستيفاء أو التنضيض، وإلا فلا يلزمه ذلك، إلا أن يكون لمحجور عليه وحظه فيه، ولو تعاقدا على نقد وتصرف فيه العامل فأبطل السلطان ذلك النقد ثم فسخ العقد فليس للمالك على العامل إلا مثل النقد المعقود عليه على الصحيح في الزوائد.

(فَصْــلٌ) فِي الـمُسَاقَاةِ[(١)]

وهي لغة مأخوذة من السقي ـ بفتح السين وسكون القاف ـ المحتاج إليه فيها غالباً، لا سيما في الحجاز فإنهم يسقون من الآبار، لأنه أنفع ـ أعمالها.

وحقيقتها أن يعامل غيره على نخل أو شجر عنب ليتعهده بالسقي والتربية على أن الثمرة لهما.

والأصل فيها قبل الإجماع خبر الصحيحين: «أَنَّهُ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ» وفي رواية «دَفَعَ إِلَى يَهُودِ خَيْبَرَ نَخْلَهَا وَأَرْضَهَا بِشطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ ثَمْرٍ أَوْ زَرْعٍ» والحاجة داعية إليها، لأن مالك الأشجار قد لا يحسن تعهدها أو لا يتفرغ له، ومن يحسن ويتفرغ قد قد لا يملك الأشجار فيحتاج ذلك إلى الاستعمال وهذا إلى العمل، ولو اكترى المالك لزمته الأجرة في الحال وقد لا يحصل له شيء من الثمار ويتهاون العامل فدعت الحاجة إلى تجويزها.

وأركانها ستة: عاقدان، وعمل، وثمر، وصيغة، ومورد العمل، والمصنف ذكر

(١) لما أخذت شبهاً من القراض من جهة العمل في شيء ببعض نمائه وجهالة العوض وشبهاً من الإجارة من جهة اللزوم والتأقيت جعلت بينهما.

وَالْمُسَاقَاةُ جَائِزَةٌ عَلَى النَّخْلِ وَالْكَرْمِ وَلَهَا شَرْطَانِ أَحَدُهُمَا أَنْ يُقَدِّرَهَا بِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ

بعضها ونذكر الباقي في الشرح (والمساقاة جائزة) للحاجة إليها كما مر، ولا يصح عقدها إلا (على) شجر (النخل والكرم) هذا أحد الأركان وهو المورد، أما النخل فللخبر السابق ولو ذكوراً كما اقتضاه إطلاق المصنف وصرح به الخفاف، ويشترط فيه أن يكون مغروساً معنياً مرئياً بيد عامل، لم يبد صلاحه، ومثله العنب، لأنه في معنى النخل بجامع وجوب الزكاة وتأتي الخرص وتسمية العنب بالكرم ورد النهي عنها ـ قال النبيّ ﷺ: «لَا تُسَمُّوا الْعِنَبَ كَرْماً إِنَّما الكَرْمُ الرَّجُلُ الْمُسْلِمُ» رواه مسلم. واختلفوا في أيهما أفضل، والراجح أن النخل أفضل لورود الحديث: «أَكْرِمُوا عُمَّاتِكُمُ النَّخْلَ الْمُطْعِمَاتِ فِي المَحَلِّ وَإِنَّهَا خُلِقَتْ مِنْ طِينَةِ آدَمَ» والنخل مقدم على العنب في جميع القرآن، وشبه النبيّ ﷺ النخلة بالرجل المؤمن فإنها تشرب برأسها، وإذا قطعت ماتت، وينتفع بجميع أجزائها.

وشبه ﷺ عين الدجال بحبة العنب لأنها أصل الخمرة وهي أم الخبائث، فلا تصح المساقاة على غير نخل وعنب استقلالاً كتين، وتفاح، ومشمش، وبطيخ، لأنه ينمو من غير تعهد بخلاف النخل والعنب، ولا على غير مرئي ولا على مبهم كأحد البساتين كما في سائر عقود المعاوضة، ولا على كونه بيد غير العامل كأن جعل بيده وبيد المالك كما في القِراض، ولا على ودي يغرسه ويتعهده والثمرة بينهما كما لو سلمه بزراً ليزرعه، ولأن الغرس ليس من عمل المساقاة فضمه إليه يفسدها، ولا على ما بدا صلاح ثمره لفوات معظم الأعمال، وشرط في العاقدين وهما الركن الثاني والثالث ما مر فيهما في القراض وتقدم بيانه، وشريك مالك كأجنبي فتصح مساقاته له إن شرط له زيادة على حصته، وشرط في العمل وهو الركن الرابع أن لا يشرط على العاقد ما ليس عليه، فلو شرط ذلك كأن شرط على العامل أن يبني جدار الحديقة أو على المالك تنقية النهر لم يصح العقد وشرط في الثمر وهو الركن الخامس شروط ذكر المصنف منها شرطين بقوله (ولها شرطان: أحدهما أن يقدرها) العاقدان (بمدة معلومة) يثمر فيها الشجر غالباً كسنة أو أكثر كالإجارة، فلا تصح مؤبدة، ولا مطلقة، ولا مؤقتة بإدراك الثمر للجهل بوقته، فإنه يتقدم تارة ويتأخر أخرى، ولا مؤقتة بزمن لا

وَالثَّانِي أَنْ يُعَيِّنَ لِلْعَامِلِ جُزْءاً مَعْلُوماً مِنَ الثَّمَرَةِ، ثُمَّ العَمَلُ فِيهَا عَلَى ضَرْبَيْنِ: عَمَلٌ يَعُودُ نَفْعُهُ عَلَى الثَّمَرَةِ فَهُوَ عَلَى الْعَامِلِ

يثمر فيه الشجر غالباً، لخلو المساقاة عن العوض ولا أجرة للعامل إن علم أو ظن أنه لا يثمر في ذلك الزمن، وإن استوى الاحتمالان أو جهل الحال فله أجرته، لأنه عمل طامعاً وإن كانت المساقاة باطلة (و) الشرط (الثاني أن يعين) المالك (للعامل جزءاً) كثيراً كان أو قليلاً (معلوماً) كالثلث (من الثمرة) التي وقع عليها العقد. والشرط الثالث: اختصاصهما بالثمرة فلا يجوز شرط بعضها لغيرها ولا كلها للمالك. قال في الروضة: وفي استحقاق الأجرة عند شرط الكل للمالك وجهان كالقِراض. أصحهما: المنع وشرط في الصيغة وهو الركن السادس ما مر فيها في البيع غير عدم التأقيت بقرينة ما مر آنفاً كساقيتك، أو عاملتك على هذا على أن الثمرة بيننا فيقبل العامل لا تفصيل أعمال بناحية بها عرف غالب في العمل عرفه العاقدان فلا يشترط، فإن لم يكن فيها عرف غالب أو كان ولم يعرفاه اشترط، ويحمل المطلق على العرف الغالب الذي عرفاه من ناحية (ثم العمل فيها على ضربين) هذا شروع في بيان حكمها الأول (عمل يعود نفعه على الثمرة) لزيادتها أو صلاحها، أو يتكرر كل سنة كسقي وتنقية مجرى الماء من طين ونحوه، وإصلاح أجاجين يقف فيها الماء حول الشجر ليشربه، شبهت بأجاجين الغسيل جمع إجانة[1] وتلقيح النخل[2] وتنحية حشيش، وقضبان مضرة بالشجر، وتعريش للعنب إن جرت به عادة، وهو أن ينصب أعواد أو يظللها ويرفعه عليها، ويحفظ الثمر على الشجر وفي البيدر عن السرقة والشمس والطير بأن يجعل كل عنقود في وعاء يهيئه المالك كقوصرة[3]. وقطعه وتجفيفه (فهو) كله (على العامل) دون

---

(١) بالتشديدأصله إناء يغسل فيه الثياب ثم استعير ذلك وأطلق على ما حول النخل فقولهم إصلاح الأجاجين المراد بها ماحوالي الأشجار شبه الأحواض اهـ مصباح.

(٢) هو وضع شيء من طلع الذكور في طلع الإناث وقد يستغني بعض النخل عن الوضع المذكور لكونها تحت ريح الذكور فيحمل الهواء ريح الذكور إليها.

(٣) أي قوطة بقاف مفتوحة وواو ساكنة فصاد مهملة مفتوحة فراء مهملة مفتوحة مشدّدة وفي المصباح القوصرة بالتخفيف والتثقيل: وعاء التمر يتخذ من قصب أو خوص اهـ قال الراجز:

أفلـح مـن كـانـت لـه قـوصـرّه ... يـأكـل منهـا كـل يـوم مـرّه

وَعَمَلٌ يَعُودُ نَفْعُهُ إِلَى الأَرْضِ فَهُوَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ.

المالك لاقتضاء العرف ذلك في المساقاة. قال في الروضة: وإنما اعتبر التكرار، لأن ما لا يتكرر يبقى أثره بعد فراغ المساقاة وتكليف العامل مثل هذا إجحاف به (و) الضرب الثاني (عمل يعود نفعه إلى الأرض) من غير أن يتكرر كل سنة ولكن يقصد به حفظ الأصول كبناء حيطان البستان وحفر نهر وإصلاح ما انهار من النهر ونصب الأبواب والدولاب ونحو ذلك وآلات العمل كالفأس، والمعول، والمنجل، والطلع الذي يلقح به النخل والبهيمة التي تدير الدولاب(فهو) كله (على رب المال) دون العامل؛ لاقتضاء العرف ذلك ويملك العامل حصته من الثمر بالظهور إن عقد قبل ظهوره، وفارق القراض حيث لا يملك فيه الربح إلا بالقسمة كما مر بأن الربح وقاية لرأس المال والثمر ليسُ وقاية للشجر؛ أما إذا عقد بعد ظهوره فيملكها بالعقد وخرج بالثمر الجريد والكرناف والليف فلا يكون مشتركاً بينهما، بل يختص به المالك كما جزم به في المطلب تبعاً للماوردي. قال: ولو شرط جعله بينهما على حسب ما شرطاه في الثمر فوجهان في الحاوي. اهـ.

والظاهر منهما الصحة كما نقله الزركشي وغيره عن الصيمري، ولو شرطها للعامل بطل قطعاً وعامل المساقاة أمين باتفاق الأصحاب، ولا يصح كون العوض غير الثمر، فلو ساقاه بدراهم أو غيرها لم تنعقد مساقاة ولا إجارة إلا إن فصل الأعمال وكانت معلومة، ولو ساقاه على نوع بالنصف على أن يساقيه على آخر بالثلث فسد الأول للشرط الفاسد، وأما الثاني فإن عقده جاهلاً بفساد الأول فكذلك، وإلا فيصح.

تتمة ـ المساقاة لازمة كالإجارة، فلو هرب العامل أو عجز بمرض أو نحوه قبل الفراغ من العمل وتبرع غيره بالعمل بنفسه أو بماله بقي حق العامل فإن لم يتبرع غيره ورفع الأمر إلى الحاكم اكترى الحاكم عليه من يعمل بعد ثبوت المساقاة وهرب العامل مثلاً وتعذر إحضاره من ماله إن كان له مال وإلا اكترى بمؤجل إن تأتى. نعم إن كانت المساقاة على العين فالذي جزم به صاحب العين اليمنى والنشائي أنه لا يكتري عليه لتمكن المالك من الفسخ، ثم إن تعذر اقتراضه عمل المالك بنفسه أو أنفق بإشهاد بذلك إن شرط فيه رجوعاً بأجرة عمله أو بما أنفقه، ولو مات المساقي على ذمته قبل تمام العمل وخلف تركة عمل وارثه إما منها بأن يكتري عليه، لأنه حق واجب على

فَصْــلٌ

وَكُلُّ مَا أَمْكَنَ الانْتِفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ صَحَّتْ إِجَارَتُهُ

مورثه أو من ماله أو بنفسه ويسلم له المشروط فلا يجبر على الإنفاق من التركة ولا يلزم المالك تمكينه من العمل بنفسه إلا إذا كان أميناً عارفاً بالأعمال، فإن لم تكن تركة فللوارث العمل ولا يلزمه، ولو أعطى شخصاً آخر دابة ليعمل عليها أو يتعهدها وفوائدها بينهما لم يصح العقد، لأنه فيالأولى يمكنه إيجار الدابة فلا حاجة إلى إيراد عقد عليها فيه غرر وفي الثانية الفوائد لا تحصل بعمله.

فَصْــلٌ فِي الإِجَــارَةِ

وهي بكسر الهمزة أشهر من ضمها، وفتحها لغة اسم للأجرة، وشرعاً: تمليك منفعة بعوض بشروط تأتي. والأصل فيها قبل الإجماع آية: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ﴾ [الطلاق: ٦] وجه الدلالة أن الإرضاع بلا عقد تبرع لا يوجب أجرة وإنما يوجبها ظاهر العقد فتعين وخبر مسلم «أَنَّهُ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ نَهَى عَنِ الْمُزَارَعَةِ وَأَمَرَ بِالْمُؤَاجَرَةِ» والمعنى فيها أن الحاجة داعية إليها، إذ ليس لكل أحد مركوب، ومسكن، وخادم، فجوزت لذلك كما جوز بيع الأعيان، وأركانها أربعة: صيغة، وأجرة، ومنفعة، وعاقدان: مكر ومكتر وأشار المصنف ـ رحمه الله تعالى ـ إلى أحد الأركان وهو المنفعة بقوله (وكل ما أمكن الانتفاع به) منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم (مع بقاء عينه) مدة الإجارة (صحت إجارته) بصيغة وهي الركن الثاني كآجرتك هذا الثوب مثلاً فيقول المستأجر: قبلت أو استأجرت وتنعقد أيضاً بقول المؤجر لدار مثلاً: أجرتك منفعتها سنة مثلاً على الأصح فيقبل المستأجر فهو كما لو قال: آجرتك ويكون ذكر المنفعة تأكيداً كقول البائع: بعتك عين هذه الدار ورقبتها فخرج بمنفعة العين وبمقصودة التافهة كاستئجار بياع على كلمة لا تتعب، وبمعلومة القِراض والجعالة على عمل مجهول ويقابله لما ذكر منفعة البضع فإن العقد عليها لا يسمى إجارة، وبعوض هبة المنافع والوصية بها، والشركة، والإعارة، وبمعلوم المساقاة والجعالة على عمل معلوم بعوض مجهول كالحج بالرزق، ودلالة الكافر لنا

إِذَا قُدِّرَتْ مَنْفَعَتُهُ بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ بِمُدَّةٍ أَوْ عَمَلٍ

على قلعة بجارية منها ببقاء عينه ما تذهب عينه في الاستعمال كالشمع[١] للسراج، فلا تصح الإجارة في هذه الصورة [وذكرت لها شروطاً أخر أوضحتها في شرح المنهاج وغيره وإنما تصح إجارة][٢] ما أمكن الانتفاع به مع هذه الشروط (إذا قدرت منفعته) في العقد (بأحد أمرين) الأول أن يكون (بتعيين المدة) في المنفعة المجهولة القدر كالسكنى والرضاع وسقي الأرض ونحو ذلك، إذ السكنى وما يشبه الصبي من اللبن وما تُروى به الأرض من السقي يختلف ولا ينضبط فاحتيج في منفعته إلى تقديره بمدة (أو) أي والأمر الثاني بتعيين محل (عمل) في المنفعة المعلومة القدر في نفسها كخياطة الثوب والركوب إلى مكان فتعين العمل فيها طريق إلى معرفتها.

فلو قال: لتخيط لي ثوباً لم يصح بل يشترط أن يبين ما يريد من الثوب من قميص أو غيره، وأن يبين نوع الخياطة أهي رومية أو فارسية إلا أن تطرد عادة بنوع فيحمل المطلق عليه.

تنبيه ـ بقي على المصنف قسم ثالث وهو تقديرهما بهما معاً[٣] كقوله في استئجار عين: استأجرتك لتعمل لي كذا شهراً، أما لو جمع بين الزمن ومحل العمل كاكتريتك لتخيط لي هذا الثوب بياض النهار لم يصح، لأن العمل قد يتقدم وقد يتأخر، كما لو أسلم في قفيز حنطة بشرط كون وزنه كذا لا يصح لاحتمال أن يزيد أو ينقص، وبهذا اندفع ما قاله السبكي من أنه لو كان الثوب صغيراً يقطع بفراغه في اليوم فإنه يصح،

---

(١) بفتح الميم وإسكانها صوابه أن يقول خلاف الأفصح لأنه يجوز إسكانها كما في المصباح والمزهر للسيوطي.

(٢) ما بين المعكوفين سقط في د.

(٣) أي بكل منهما على انفراده بدلاً عن الآخر يعني أن هذا القسم يصح أن يقدر بالمدة فقط وأن يقدر بمحل العمل فقط وليس المراد أنه يقدر بهما معاً مجتمعين كما توهم لأنه عين المسألة الباطلة الآتية في قوله أما لو جمع الخ هكذا يؤخذ من شرح الروض وقرره شيخنا العشماوي لكن ينافيه قول الشارح معاً وكذا تمثيل الشارح لأنه يدل على اجتماعهما وهو يقوّي اعتراض القليوبي بأن في قوله بقي الخ نظراً لأن قوله لتعمل لي كذا شهراً إن كان كذا كناية عن معين كخياطة هذا الثوب فهو من القسم الباطل الذي سيذكره بعد وإن كان كناية عن عمل فقط كخياطة أو بناء فمن القسم =

. . . .

وشرط في العاقدين وهو الركن الثالث ما شرط من المتبايعين، وتقدم بيانه ثم، نعم إسلام المشتري شرط فيما إذا كان المبيع عبداً مسلماً، وهنا لا يشترط فيصح من الكافر استئجار المسلم إجارة ذمة، وكذا إجارة عين على الأصح مع الكراهة، ولكن يؤمر بإزالة ملكه عن المنافع على الأصح في المجموع بأن يؤجره لمسلم، ولا تنعقد الإجارة بلفظ البيع على الأصح، لأن لفظ البيع موضوع لملك الأعيان فلا يستعمل في المنافع كما لا ينعقد البيع بلفظ الإجارة، وكلفظ البيع لفظ الشراء، ولا يكون كناية فيها أيضاً، لأن قوله: بعتك ينافي قوله: سنة مثلاً، فلا يكون صريحاً ولا كناية خلافاً لما بحثه بعضهم من أن فيها كناية، وترد الإجارة على عين كإجارة معين من عقار ورقيق ونحوهما كاكتريتك لكذا سنة، وإجارة العقار لا تكون إلا على العين وعلى ذمة كإجارة موصوف من دابة ونحوها[1] لحمل مثلاً وإلزام ذمته عملاً كخياطة وبناء ومورد الإجارة المنفعة لا العين على الأصح[2] سواء أوردت على العين أم على الذمة وشرط في الأجرة وهي الركن الرابع ما مر في الثمن، فيشترط كونها معلومة جنساً وقدراً وصفة إلا

= الأول فتأمل. والحاصل أن ما لا تنضبط منفعته كالسكنى والإرضاع يجب فيه التقدير بالزمن فقط وما تنضبط إما أن يقدر بالزمن أو بمحل العمل كأجرتك هذه الدابة لتركبها شهراً أو لتركبها إلى مكة. وسئل شيخنا عما يقع في بلاد الأرياف من استئجار الدواب لحمل الزرع في سنبله من مكان ضمه إلى مكان دراسه مع عدم العلم بقدر المدة التي يستوفى فيها الحمل. فأجاب بأن هذه إجارة فاسدة يستحق فيها الأجير أجرة مثله فلو عين مدة تعينت وصحت كالأول لأنها مقدرة بمحل العمل لأنهم لا يستأجرون على حمل زرع مبهم بل يقولون هذا الزرع أو الزرع الفلاني نعم لو لم يعرف الأجير الزرع وإن عرف قدر أرضه بالمساحة لم تصح الإجارة لأن الزرع يكون قصيراً ويكون طويلاً ويختلف بالبعد وعدمه ا.هـ أج (قوله لتعمل لي كذ) أي خياطة أو بناء مثلاً.

(١) كرقيق ولا يقال هو داخل في الدابة. لأنا نقول المراد بها في العرف ذات الأربع.

فرع: ذهب الإمام مالك وأحمد إلى صحة استئجار الأجير بنفقته وكسوته ويحمل على الوسط.

(٢) مقابل الأصح أنها واردة على العين وحينئذ فيكون الخلاف لفظياً كما قاله الشيخان وعبارة الزيادي. قال الشيخان والخلاف لفظي وأورد له الإسنوي فوائد منها إجارة ما استأجره قبل قبضه إجارة الكلب للصيد إن قلنا المعقود عليه المنفعة صح أو العين فلا لعدم قبضها في الأول ولنجاستها في الثاني وعرف بهذا أن الخلاف ليس لفظياً.

وَإِطْلَاقُهَا يَقْتَضِي تَعْجِيلَ الْأُجْرَةِ إِلَّا أَنْ يُشْتَرَطَ التَّأْجِيلُ

أن تكون معينة فيكفي رؤيتها، فلا تصح إجارة دار أو دابة بعمارة أو علف للجهل في ذلك[١] فإن ذكر معلوماً وأذن له خارج العقد في صرفه في العمارة أو العلف صحت، ولا لسلخ الشاة[٢] بجلدها ولا بطحن البر مثلاً ببعض دقيقه كثلثه للجهل بثخانة الجلد، وبقدر الدقيق، ولعدم القدرة على الأجرة حالاً وفي معنى الدقيق النخالة وتصح إجارة امرأة مثلاً ببعض رقيق حالاً لإرضاع باقيه للعلم بالأجرة والعمل المكترى له إنما وقع في ملك غير المكتري تبعاً، ويشترط في صحة إجارة الذمة تسليم الأجرة في المجلس، وأن تكون حالة كرأس مال السلم، لأنها سلم في المنافع فلا يجوز فيها تأخير الأجرة ولا تأجيلها، ولا الاستبدال عنها، ولا الحوالة بها، ولا عليها، ولا الإبراء منها، وإجارة العين لا يشترط في صحتها تسليم الأجرة في المجلس معينة كانت الأجرة أو في الذمة كالثمن في المبيع، ثم إن عين لمكان التسليم مكاناً تعين وإلا فموضع العقد ويجوز في الأجرة في إجارة العين تعجيل الأجرة وتأجيلها إن كانت الأجرة في الذمة كالثمن (وإطلاقها يقتضي تعجيل الأجرة) فتكون حالة كالثمن في البيع المطلق (إلا أن يشترط التأجيل)[٣] في صلب العقد فتتأجل كالثمن، ويجوز الاستبدال عنها والحوالة

---

(١) فتصير الأجرة مجهولة فإن صرف وقصد الرجوع به رجع وإلا فلا ويصدق المستأجر في أصل الإنفاق وقدره لأنه ائتمنه ومحله إذا ادّعى قدراً لائقاً في العادة كما يأتي نظيره في الوصي والولي. وإلا فلا بد من بينة ولا تقبل شهادة الصناع إن قالوا صرف علينا كذا في نظير حملنا لأنها شهادة على فعل أنفسهم وهو عملهم في العمارة الذي يستحقون عليه الأجرة.

(٢) الضابط أن يجعل الأجرة شيئاً يحصل بعمل الأجير أو بجلد غيرها إذا لم يسلخ بخلاف ما إذا سلخ فيصح.

(٣) استثناء منقطع لأن الاشتراط ليس داخلاً في الإطلاق. والحاصل أن الإجارة إما إجارة عين أو إجارة ذمة وعلى كل إما أن تكون الأجرة معينة أو في الذمة فهذه أربعة وعلى كل إما أن يصرّح بحلولها أو بتأجيلها أو يطلق فالجملة اثنا عشر فإن صرّح بحلولها أو أطلق في إجارة الذمة صح وكانت حالة ولا كلام. وإن صرّح بتأجيلها فسدت الإجارة ولا فرق في ذلك بين أن تكون الأجرة معينة أو في الذمة لأنها كرأس مال السلم وإن صرّح بحلولها أو أطلق في إجارة العين والأجرة في الذمة صح وكانت حالة وإن صرّح بتأجيلها صح وكانت مؤجلة كالثمن في الذمة وإن صرح بحلولها أو أطلق في إجارة العين والأجرة معينة صح وهي حالة وإن صرّح بتأجيلها فسد العقد وقد علمت أن الأجرة في إجارة الذمة لا تقبل التأجيل مطلقاً أي سواء كانت الأجرة معينة أو في =

. . . .

بها وعليها، والإبراء منها، فإن كانت معينة لم يجز التأجيل، لأن الأعيان لا تؤجل، وتملك في الحال بالعقد سواء أكانت معينة أم مطلقة أم في الذمة ملكاً مراعى[1] بمعنى أنه كل ما مضى زمن على السلامة بان أن المؤجر استقر ملكه من الأجرة على ما يقابل ذلك إن قبض المكتري العين أو عرضت عليه فامتنع فلا تستقر كلها إلا بمضي المدة، سواء انتفع المكتري أم لا، لتلف المنفعة تحت يده، وتستقر في إجارة فاسدة أجرة مثل بما يستقر به مسمى في صحيحه، سواء أكانت مثل المسمى أم أقل أم أكثر، وهذا هو الغالب، وقد تخالفها في أشياء: منها التخلية في العقار، ومنها الوضع بين يدي المكتري، ومنها العرض عليه، وامتناعه من القبض إلى انقضاء المدة فلا تستقر فيها الأجرة في الفاسدة، ويستقر بها المسمى في الصحيحة، وشرط في إيجار الدابة إجارة عين لركوب أو حمل رؤية الدابة كما في البيع، وشرط في إجارتها إجارة ذمة لركوب ذكر جنسها كإبل أو خيل ونوعها كبخاتي أو عراب وذكورة أو أنوثة، وصفة سيرها من كونها مهملجة أو بحراً أو قطوفاً، لأن الأغراض تختلف بذلك، وشرط في إجارة العين والذمة للركوب ذكر قدر سرى وهو السير ليلاً أو قدر تأويب وهو السير نهاراً حيث لم

= الذمة والأجرة في إجارة العين إن كانت معينة كذلك لا تقبل التأجيل وإن كانت في الذمة قبلت.

(١) هذا راجع لإجارة العين فقط. وأما إجارة الذمة فتستقر بالعقد لأنها لا تنفسخ بالتلف بل يبدلها بغيرها وينبني على ملكها بالعقد أنه يتصرف فيها بأنواع التصرفات حتى بالوطء لو كانت أمة أو كانت إجارة وقف على بطون وبهذا صرّح سم بقوله وقضية ملكها بالعقد أن للموقوف عليه التصرف في جميعها لأنها ملكه في الحال وهو ما قاله ابن الرفعة وتبعه شيخنا الشهاب الرملي فأفتى بذلك ولأنه لا رجوع للبطن الثاني على الناظر إذا مات البطن الأول قبل فراغ المدة بل على تركة البطن الأول وخالف القفال ومن تبعه في الأمرين اهـ وعبارة الزيادي ولو قبض الناظر أجرة معجلة وصرفها على أرباب الوقف، ثم انتقل الوقف عنهم إلى غيرهم بأن كان وقف ترتيب رجع مستحقو البطن الثاني على الأول لا على الناظر ولا على المستأجر وهذا هو المعتمد كما أفتى به ابن الرفعة. وقوله رجع مستحقو البطن الثاني على الأول فإن خرج الأول عن الاستحقاق وهو حيّ طولب بما أخذه من مدة خروجه عن الاستحقاق فإن كان قد مات أخذ من تركته فإن لم تكن له تركة كان كمن مات وعليه دين لا يلزم به أحد.

وَلاَ تَبْطُلُ الإِجَارَةُ بِمَوْتِ أَحَدِ العَاقِدَينِ

يطرد عرف، فإن أطرد عرف حمل ذلك عليه، وشرط فيهما لحمل رؤية محمول إن حضر أو امتحانه بيد أو تقديره حضر أو غاب، وذكر جنس مكيل وعلى مكري دابة لركوب إكاف وهو ما تحت البرذعة، وبرذعة، وحزام، وثفر، وبرة. وهي الحلقة التي تجعل في أنف البعير، وخطام وهو زمام يجعل في الحلقة ويتبع في نحو سرج، وحبر[1]، وكحل، وخيط، وصبغ، ونحو ذلك عرف مطرد بين الناس في محل الإجارة، لأنه لا ضابط له في الشرع ولا في اللغة، فمن اطرد في حقه من العاقدين شيء من ذلك فهو عليه، فإن لم يكن عرف أو اختلف العرف في محل الإجارة وجب البيان، وتصح الإجارة مدة تبقى فيها العين[2] المؤجرة غالباً فيؤجر الرقيق والدار ثلاثين سنة، والدابة عشر سنين، والثوب سنة أو سنتين على ما يليق به، والأرض مائة سنة أو أكثر (ولا تبطل الإجارة) سواء كانت واردة على العين أم على الذمة (بموت أحد المتعاقدين) ولا بموتهما بل تبقى إلى انقضاء المدة، لأنها عقد لازم فلا تنفسخ بالموت كالبيع ويخلف المستأجر وارثه في استيفاء المنفعة، وتنفسخ بموت الأجير

(١) بكسر الحاء المهملة سمي بذلك لأنه يحبر به الكتب أي يحسن وبحث بعضهم أن القلم واجب على الوراق أي الناسخ كإبرة الخياط ويجب في الإجارة للنسخ بيان عدد الأوراق والأسطر في كل صفحة، قال في الروضة لم يتعرضوا للتقدير بالمدة والقياس جوازه وأنه يجب عند تقدير العمل بيان قدر الحواشي وقطع الورق الذي يكتب فيه اهـ والحواشي هي البياض الخالي عن الكتابة وقوله وقطع الورق بكسر القاف وفتح الطاء كنصف الفرخ أو ربعه قال بعضهم وسكتوا عن بيان دقة الخط وغلظه وعن رؤية خط الناسخ وهو أمر مهمّ وإذا غلط الناسخ في كتابته لا أجرة له ويغرم أرش الورق قاله ز ي وقوله وإذا غلط الناسخ في كتابته أي غلطاً فاحشاً.

(٢) ليس المراد أن المؤجر يقول أجرتك هذه العين مدة بقائها فإنه مجهول يمنع صحة الإجارة بل أن يعقد إلى أجل معلوم يغلب على الظن بقاء العين المؤجرة فيه ولا يشترط تعيين ابتداء مدة الإجارة فلو قال أجرتك سنة أو شهراً ولم يقل من الآن صح وحمل على ما يتصل بالعقد أما انتهاء المدة فشرط حتى لو قال أجرتك كل شهر بدرهم لم يصح.

فرع: لو أجر العين مدة لا تبقى فيها فهل تبطل في الكل أو في الزائد المعتمد أنها تبطل في الزائد وتتفرق الصفقة فإذا أخلف ذلك وبقيت على حالها بعد المدة التي اعتبرت لبقائها بالقدر الزائد فالذي يظهر صحة الإجارة في الجميع لأن البطلان في الزائد لظن تبين خطؤه.

وَتَبْطُلُ بِتَلَفِ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ،

المعين، لأنه مورد العقد، لا لأنه عاقد، فلا يستثنى ذلك من عدم الانفساخ لكن استثني منه مسائل: منها لو آجر عبده المعلق عتقه بصفة فوجدت مع موته فإن الإجارة تنفسخ بموته على الأصح ومنها: ما لو آجر ولده ومات في المدة فإن الإجارة تنفسخ بموته. ومنها: المدبر فإنه كالمعلق عتقه بصفة، واستثني غير ذلك مما ذكرته في شرح البهجة وغيره، ولا تنفسخ بموت ناظر الوقف من حاكم أو منصوبه أو من شرط له النظر على جميع البطون[1]، ويستثنى من ذلك ما لو كان الناظر هو المستحق للوقف وآجر بدون أجرة المثل فإنه يجوز له ذلك، فإذا مات في أثناء المدة انفسخت كما قاله ابن الرفعة، ولو آجر البطن الأول من الموقوف عليهم العين الموقوفة مدة ومات البطن المؤجر قبل تمامها وشرط الواقف لكل بطن منهم النظر في حصته مدة استحقاقه فقط، أو أجر الولي صبياً أو ماله مدة لا يبلغ الصبي فيها بالسن فبلغ فيها بالاحتلام وهو رشيد انفسخت في الوقف، لأن الوقف انتقل استحقاقه بموت المؤجر لغيره.

ولا ولية عليه ولا نيابة ولا تنفسخ في الصبي، لأن الولي تصرف فيه على المصلحة (وتبطل) أي وتنفسخ الإجارة في المستقبل (بتلف) كل (العين المستأجرة) كانهدام كل الدار لزوال الاسم وفوات المنفعة بخلاف المبيع المقبوض لا ينفسخ البيع بتلفه في يد المشتري، لأن الاستيلاء في البيع حصل على جملة المبيع والاستيلاء على المنافع المعقود عليها لا يحصل إلا شيئاً فشيئاً، ولا تنفسخ الإجارة بسبب انقطاع ماء أرض استؤجرت لزراعة لبقاء الاسم مع إمكان زرعها بغير الماء المنقطع، بل يثبت الخيار للعيب على التراخي[2]، وتنفسخ بحبس غير مكتر للعين مدة حبسه إن قدر بمدة، سواء أحبسه المكري أم غيره، لفوات المنفعة قبل القبض ولا تنفسخ ببيع العين المؤجرة للمكتري أو لغيره ولو بغير إذن المكتري ولا بزيادة أجرة ولا بظهور طالب

---

(١) الظاهر أن التصريح به ليس قيدا بل مثله ما لو شرط النظر للأرشد فالأرشد كما يؤخذ من الرملي.

(٢) هذا بخلاف ما لو استأجرها للزراعة قبل انحسار الماء عنها فانحسر عن بعضها دون البعض الآخر فإنه ينفسخ العقد فيما لم ينحسر الماء عنه دون ما انحسر عنه ويثبت الخيار للمستأجر لتفريق الصفقة وهو على الفور لأنه خيار تفريق صفقة. والصورة أنه قد رآها قبل ذلك حتى تصح الإجارة وكذا له الخيار إن تأخر انحسار الماء عنها عن أوان الزرع.

وَلاَ ضَمَانَ عَلَى الأَجِيرِ إِلاَّ بِعُدْوَانٍ.

بالزيادة عليها ولو كانت إجارة وقف لجريانها بالغبطة في وقتها كما لو باع مال موليه ثم زادت القيمة أو ظهر طالب بالزيادة، ولا بإعتاق رقيق، ولايرجع على سيده بأجرة ما بعد العتق، لأنه تصرف فيه حالة ملكه فأشبه ما لو زوج أمته واستقر مهرها[١] بالدخول ثم أعتقها لا ترجع عليه بشيء.

تنبيه ـ يجوز إبدال مستوف ومستوفى به كمحمول من طعام وغيره ومستوفى فيه، كأن اكترى دابة لركوب في طريق إلى قرية بمثل المستوفى والمستوفى به والمستوفى فيه أو بدون مثلها المفهوم بالأولى، أما الأول فكما لو أكرى ما اكتراه لغيره، وأما الثاني والثالث فلأنهما طريقان للاستيفاء كالراكب لا معقود عليهما، ولا يجوز إبدال مستوفى منه كدابة، لأنه إما معقود عليه أو متعين بالقبض إلا في إجارة ذمة فيجب إبداله لتلف أو تعييب، ويجوز الإبدال مع سلامة منهما برضا مكتر، لأن الحق له (ولا ضمان على الأجير) في تلف ما بيده، لأنه أمين[٢] على العين المكتراة، لأنه لا يمكن استيفاء حقه إلا بوضع اليد عليها ولو بعد مدة الإجارة[٣] إن قدرت بزمن أو مدة إمكان الاستيفاء إن قدرت بمحل عمل استصحاباً لما كان كالوديع فلو اكترى دابة ولم ينتفع بها فتلفت أو اكتراه لخياطة ثوب أو صبغه فتلف لم يضمن. سواء انفرد الأجير باليد أم لا، كأن قعد المكتري معه حتى يعمل أو أحضره منزله ليعمل كعامل القراض (إلا بعدوان) كأن ترك الانتفاع بالدابة فتلفت بسببه كانهدام سقف إصطبلها عليها في وقت لو انتفع بها فيه عادة سلمت، وكأن ضربها أو نخعها باللجام فوق عادة فيهما أو أركبها أثقل منه أو أسكن ما اكتراه حداداً أو قصاراً دق، وليس هو كذلك، أو حمل الدابة مائة رطل شعير بدل مائة رطل برّ أو عكسه، أو حملها عشرة أقفزة برّ بدل عشرة أقفزة شعير فيصير ضامناً لها لتعديه، بخلاف ما لو حملها عشرة أقفزة شعير بدل عشرة أقفزة برّ فإنه لا يضمن لخفة الشعير مع استوائهما في الحجم.

---

(١) مفهومة أنه إذا أعتقها قبل الدخول يكون المهر لها مع أنه وجب بالعقد والعقد وجد في ملكه حرره.

(٢) هذا راجع للأجير والمستأجر .

(٣) غاية في المتن إذ لا يلزمها ردها حين فراغ المدة بل التخلية بينها وبين المالك إذا طلبها كالوديعة.

. . . .

تنبيه ـ لا أجرة لعمل[١] كحلق رأس وخياطة ثوب بلا شرط أجرة وإن عرف ذلك العمل بها لعدم التزامها مع صرف العامل منفعته، هذا إذا كان حراً مطلق التصرف، أما لو كان عبداً أو محجوراً عليه بسفه أو نحوه فلا إذ ليسوا من أهل التبرع بمنافعهم، وهذا بخلاف داخل الحمام بلا إذن، لأنه استوفى منفعة الحمام بسكونه فيه، وبخلاف عامل المساقاة إذا عمل ما ليس عليه بإذن المالك فإنه يستحق الأجرة للإذن في أصل العمل المقابل بعوض.

تتمة ـ لو قطع الخياط ثوباً وخاطه قباء[٢] وقال لمالكه: بذا أمرتني فقال المالك: بل أمرتك بقطعه قيمصاً صدّق المالك بيمينه كما لو اختلفا في أصل الإذن فيحلف أنه ما أذن له في قطعه قباء ولا أجرة عليه إذا حلف وله على الخياط أرش نقص الثوب، لأن القطع بلا إذن موجب للضمان وفيه وجهان، وفي الروضة كأصلها بلا ترجيح أحدهما أنه يضمن ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً وصححه ابن أبي عصرون وغيره، لأنه أثبت بيمينه أنه لم يأذن في قطعه قباء، والثاني: ما بين قيمته مقطوعاً قميصاً ومقطوعاً قباء واختاره السبكي وقال: لا يتجه غيره وهذا هو الظاهر، لأن أصل القطع مأذون فيه، وعلى هذا لو لم يكن بينهما تفاوت أو كان مقطوعاً قباء أكثر قيمة فلا شيء عليه، ويجب على المكري تسليم مفتاح الدار إلى المكتري إذا سلمها إليه لتوقف الانتفاع عليه، فإذا تسلمه المكتري فهو في يده أمانة فلا يضمنه بلا تفريط وهذا في مفتاح غلق مثبت، أما القفل المنقول ومفتاحه فلا يستحقه المكتري وإن اعتيد، وعمارتها على المؤجر، سواء أقارن الخلل العقد كدار لا باب لها أم عرض لها دواماً فإن بادر وأصلحها فذاك وإلا فللمكتري الخيار ورفع الثلج عن السطح في دوام الإجارة على المؤجر، لأنه كعمارة الدار وتنظيف عرصة الدار من ثلج وكناسة على المكتري إن حصلا في دوام المدة، فإن انقضت المدة أجبر على نقل الكناسة دون الثلج ولو كان

---

(١) من هذه القاعدة لو جلس إنسان عند الطباخ وقال أطعمني رطلاً من اللحم ولم يسم ثمناً فأطعمه لم يستحق عليه قيمته لأنه بالتقديم له مسلط له عليه وليس هذا من البيوع الفاسدة حتى يضمن بالإتلاف لأنه لم يذكر فيه الثمن والبيع إن صح أو فسد يعتبر فيه ذكر الثمن.

(٢) بفتح القاف جمعه أقبية كقضاء وأقضية.

فَصْـلٌ

التراب أو الرماد أو الثلج موجوداً عند العقد كانت إزالته على المؤجر إذ به يحصل التسليم التام.

فَصْـلٌ فِي الـجعالة

وجيمها مثلثة كما قاله ابن مالك وهي لغة اسم لما يجعل للإنسان على فعل شيء وشرعاً التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول عسر علمه وذكرها المصنف كصاحب التنبيه والغزالي وتبعهم في الروضة عقب الإجارة لاشتراكهما في غالب الأحكام إذ الجعالة لا تخالف الإجارة إلا في أربعة أحكام[1] صحتها على عمل مجهول عسر علمه كردّ الضالّ والآبق وصحتها مع غير معين وكونها جائزة وكون العامل لا يستحق الجعل إلا بعد تمام العمل وذكرها في المنهاج كأصله تبعاً للجمهور عقب باب اللقيط لأنها طلب التقاط الضالة. والأصل فيها قبل الإجماع وإلا خبر الذي رقاه الصحابي بالفاتحة على قطيع من الغنم كما في الصحيحين عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه وهو الراقي كما رواه الحاكم والقطيع ثلاثون رأساً من الغنم وأيضاً الحاجة قد تدعو إليها فجازت كالإجارة ويستأنس لها بقوله تعالى: ﴿**وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ**﴾[يوسف:٧٢] وكان معلوماً عندهم كالوسق ولم أستدل بالآية لأن شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا وإن ورد في شرعنا ما يقرّره. وأركانها أربعة: عمل وجعل وصيغة وعاقد وشرط في العاقد وهو الركن الأول اختيار وإطلاق تصرف ملتزم. ولو غير المالك[2] فلا يصح التزام مكره وصبي ومجنون ومحجور عليه سفه وعلم عامل ولو مبهماً بالتزام فلو قال إن رده زيد فله كذا فرده غير عالم بذلك أو من رد آبقي فله كذا

---

(١) بل ستة والخامس عدم اشتراط القبول والسادس جهل العوض في بعض الأحوال

(٢) واستشكل ابن الرفعة استحقاق الرادّ بأنه لا يجوز له وضع يده عليه بغير إذن مالكه بل يضمنه. وأجيب بفرضه فيما إذا أذن المالك لمن شاء في الرد والتزم الأجنبي الجعل فلو قال أجنبي مطلق التصرف مختار من ردّ عبد زيد فله كذا استحقه الرادّ العالم به على الأجنبي وإن لم يأت بعلى على المنقول لأن الصيغة موضوعة للالتزام. وقوله بأنه لا يجوز له أي فكيف يستحق أجرة ويصور أيضاً بأن تكون للأجنبي ولاية على المالك.

وَالْجَعَالَةُ جَائِزَةٌ وَهِيَ أَنْ يَشْتَرِطَ فِي رَدِّ ضَالَّتِهِ عِوَضاً مَعْلُوماً

فرده من لم يعلم ذلك لم يستحق شيئاً وأهلية عمل[١] معين فيصح ممن هو أهل لذلك ولو عبداً وصبياً ومجنوناً ومحجور سفه ولو بلا إذن بخلاف صغير لا يقدر[٢] على العمل لأن منفعته معلومة كاستئجار أعمى للحفظ (والجعالة جائزة) من الجانبين فلكل من المالك والعامل الفسخ قبل تمام العمل وإنما يتصور الفسخ ابتداء من العامل المعين، وأما غيره فلا يتصور الفسخ منه إلا بعد الشروع في العمل فإن فسخ المالك أو العامل المعين قبل الشروع في العمل أو فسخ العامل المالك بعد الشروع فيه فلا شيء له في الصورتين. أما في الأولى فلأنه لم يعمل شيئاً وأما في الثانية فلأنه لم يحصل غرض المالك وإن فسخ المالك بعد الشروع في العمل فعليه أجرة المثل لما عمله العامل لأن جواز العقد يقتضي التسليط على رفعه وإذا ارتفع لم يجب المسمى كسائر الفسوخ، لكن عمل العامل وقع محترماً فلا يفوت عليه فرجع إلى بدله وهو أجرة المثل (وهي) أي لفظ الجعالة: أي الصيغة فيها وهي الركن الثاني (أن يشترط) العاقد المتقدّم ذكره (في رد ضالته) التي هي اسم لما يضاع من الحيوان كما قاله الأزهري وغيره أو في رد ما سواها أيضاً من مال أو أمتعة ونحوها أو في عمل كخياطة ثوب (عوضاً) كثيراً كان أو قليلاً (معلوماً) لأنها معاوضة فافتقرت إلى صيغة تدل على المطلوب كالإجارة بخلاف طرف العامل لا يشترط له صيغة، فلو عمل أحد بقول أجنبي كأن قال زيد يقول: من رد عبدي فله كذا وكان كاذباً فلا شيء له لعدم الالتزام، فإن كان صادقاً فله على زيد ما التزمه إن كان المخبر ثقة وإلا فهو كما لو رد عبد زيد غير عالم بإذنه

---

(١) المراد بالأهلية القدرة على العمل كما يعلم من كلامه وفي نسخة وأهلية عمل معين أي عمل عامل معين ومفهومه أن غير المعين لا يشترط أهليته للعمل ولعلّ صورته أن يكون حال النداء غير أهل كصغير لا يقدر ثم يصير أهلاً ويردّ لكونه سمع حين النداء أو بلغه النداء حين صيرورته قادراً كما قاله الشوبري.

(٢) فيه نظر لأنه إن كان المراد أنه يردّ مع عدم قدرته فهو معلوم الانتفاء لأنه محال وإن كان المراد أن سماعه حال عدم قدرته غير معتبر فهو غير صحيح لما صرحوا به أنه إذا قدر بعد سماع النداء ورد استحق المشروط إلا أن يقال كلام الشارح في العامل المعين وقولهم إذا قدر بعد سماع النداء وردّ استحق محله في العامل غير المعين فلا نظر ولا مخالفة.

. . . .

والتزامه، ولمن رده من أقرب من المكان المعين قسطه من الجعل، فإن رده من أبعد منه فلا زيادة له لعدم التزامها أو من مثله من جهة أخرى فله كـل الجعل لحصول الغرض، وقوله عوضاً معلوماً إشارة إلى الركن الثالث وهو الجعل، فيشترط فيه ما يشترط في الثمن فما لا يصح ثمناً لجهل أو نجاسة أو لغيرهما يفسد العقد كالبيع، ولأنه مع الجهل لا حاجة لاحتماله هنا. كـالإجارة بخلافه في العمل والعامل، ولأنه لا يكاد أحد يرغب في العمل مع جهله بالجعل فلا يحصل مقصود العقد، ويستثنى من ذلك مسألة العلج[١] إذا جعل له الإمام إن دلنا على قلعة جارية منها، وما لو وصف الجعل بما يفيد العلم وإن لم يصح كونه ثمناً، لأن البيع لازم فاحتيط له بخلاف الجعالة وشرط في العمل وهو الركن الرابع كلفة وعدم تعينه فلا جعل فيما لا كلفة فيه ولا فيما تعين عليه كأن قال: من دلني[٢] على مالي فله كذا والمال بيد غيره أو تعين عليه الردّ لنحو غصب وإن كان فيه كلفة، لأن ما لا كلفة فيه وما تعين عليه شرعاً لا يقابلان بعوض وما لا يتعين شامل للواجب على الكفاية كمن حبس ظلماً[٣] فبذل مالاً لمن يتكلم في خلاصه بجاهه أو غيره فإنه جائز كما نقله النووي في فتاويه وعدم تأقيته، لأن تأقيته قد يفوّت العوض فيفسد، وسواء كان العمل الذي يصح العقد عليه معلوماً أو مجهولاً عسر علمه للحاجة كما في القراض بل أولى، فإن لم يعسر علمه اعتبر ضبطه

---

(١) هو في الأصل الكافر الغليظ والمراد به هنا الكافر مطلقاً.

(٢) هكذا بخط المؤلف والظاهر أن فيه سقطاً، عبارة شرح المنهج وهي فلا جعل فيما لا كلفة فيه كأن قال من دلني على مالي فله كذا فدله والمال بيد غيره ولا كلفة ولا فيما تعين عليه كأن قال من ردّ مالي فله كذا فرده من هو بيده وتعين عليه الرد لنحو غصب، الخ.

(٣) مفهومه أنه إذا حبس بحق لا يستحق ما جعل له ولا يجوز له ذلك وينبغي أن يقال فيه تفصيل وهو أن المحبوس إذا جاعل العامل على أن يتكلم مع من يطلقه على وجه جائز كأن يتكلم معه على أن ينتظر المدين إلى أن يبيع غلاله مثلاً استحق ما جعل له وإلا فلا. ووقع السؤال عما يقع كثيراً بمصرنا من أن الزياتين والطحانين ونحوهم كالمراكبية يجعلون لمن يمنع عنهم المحتسب وأعوانه في كل شهر كذا هل ذلك من الجعالة أو لا. والجواب عنه أنه من الجعالة لأن دفع ما يلتزمه من المال ينزل منزلة ما يلتزمه الإنسان في مقابلة تخليصه من الحبس وهذا مثله، ومن ذلك الحماية التي تقع في بعض البلاد.

فَإِذَا رَدَّهَا اسْتَحَقَّ ذَلِكَ الْعِوَضَ الْمَشْرُوطَ.

إذ لا حاجة لاحتمال الجهل، ففي بناء حائط يذكر موضعه وطوله وعرضه وارتفاعه وما يبنى به، وفي الخياطة يعتبر وصفها ووصف الثوب (فإذا ردّها) أي الضالة أو ردّ غيرها من المال المعقود عليه أو فرغ من عمل الخياطة مثلاً (استحق)[1] العامل حينئذ على الجاعل (ذلك العوض المشروط) له في مقابلة عمله وللمالك أن يتصرف في الجعل الذي شرطه للعامل بزيادة أو نقص أو بتغيير جنسه قبل الفراغ من عمل العامل، سواء كان قبل الشروع أم بعده كما يجوز في البيع في زمن الخيار بل أولى كأن يقول: من ردّ عبدي فله عشرة ثم يقول: فله خمسة أو عكسه، أو يقول: من ردّه فله دينار ثم يقول فله درهم، فإن سمع العامل ذلك قبل الشروع في العمل اعتبر النداء الأخير وللعامل ما ذكر فيه وإن لم يسمعه العامل، أو كان بعد الشروع استحق أجرة المثل، لأن النداء

(١) يؤخذ من كلامهم هنا وفي المساقاة كما أفاده السبكي جواز الاستنابة في الإمامة والتدريس وسائر الوظائف التي تقبل النيابة أي ولو بدون عذر فيما يظهر ولو لم يأذن الواقف إذا استناب مثله أو خيراً منه. ويستحق المستنيب أي صاحب الوظيفة جميع المعلوم وإن أفتى ابن عبدالسلام والمصنف بأنه لا يستحقه واحد منهما إذ المستنيب لم يباشر والنائب لم يأذن له الناظر فلا ولاية له شرح م ر وقوله التي تقبل النيابة أي بخلاف ما لا يقبل النيابة كالمتفقه أي طالب الفقه لا يجوز له الاستنابة حتى عند السبكي إذ لا يمكن أحد أن يتفقه عن غيره وإذا كان مدرس له طلبة طالبون للفقه لا يجوز لأحد منهم أن ينيب غيره على كلامه. وقع السؤال عما يقع كثيراً من أن صاحب الخطابة يستنيب خطيباً يخطب عنه ثم إن النائب يستنيب آخر هل يجوز له ذلك ويستحق ما جعله له صاحب الوظيفة أم لا؟ والجواب عنه أن الظاهر أن يقال فيه إن حصل له عذر منعه من ذلك وعلم به المستنيب أو دلت القرينة على رضا صاحب الوظيفة بذلك جاز له أن يستنيب مثله ويستحق ما جعل له وإن لم يحصل له ذلك ولم تدل القرينة على الرضا بغيره لا تجوز ولا شيء له على صاحب الوظيفة لعدم مباشرته. وعليه لمن استنابه من باطنه أجرة مثله من مال نفسه. ووقع السؤال فيه أيضاً عن مسجد انهدم وتعطلت شعائره هل يستحق أرباب الشعائر المعلوم أم لا. والجواب عنه الظاهر أن يقال إن من تمكنه المباشرة مع الانهدام كقراءة حزبه فإنه يمكنه ذلك ولو صار كوماً استحق المعلوم إن باشر ومن لم تمكنه المباشرة كبوّاب المسجد وفراشه استحق كمن أكره على عدم المباشرة ويجب على إمامه الصلاة فيه وإن لم يصلّ فيه أحد لأن الواجب عليه أمران الصلاة فيه وكونه إماماً وهذا كله حيث لم يمكن عوده وإلا وجب على الناظر القطع على المستحقين وعوده وإلا نقل معلومهم لأقرب المساجد إليه.

فَصْلٌ

الأخير فسخ للأول والفسخ من المال في أثناء العمل يقتضي الرجوع إلى أجرة المثل فلو عمل من سمع النداء الأول خاصة ومن سمع الثاني استحق الأول نصف أجرة المثل والثاني نصف المسمى الثاني، والمراد بالسماع العلم وأجرة المثل فيما ذكر لجميع العمل لا للماضي خاصة.

تتمة ـ لو تلف المردود قبل وصوله كأن مات الآبق بغير قتل المالك له في بعض الطريق ولو بقرب دار سيده أو غصب أو تركه العامل أو هرب ولو في دار المالك قبل تسليمه له فلا شيء للعامل وإن حضر الآبق، لأنه لم يرده بخلاف ما لو اكترى من يحج عنه فأتى ببعض الأعمال ومات حينئذ فيستحق من الأجرة بقدر ما عمل، وفرقوا بينهما بأن المقصود من الحج الثواب وقد حصل ببعض العمل، وهنا لم يحصل شيء من المقصود، وإذا ردّ الآبق على سيده فليس له حبسه لقبض الجعل، لأن الاستحقاق بالتسليم ولا حبس قبل الاستحقاق، وكذا لا يحبسه لاستيفاء ما أنفقه عليه بإذن المالك، ويصدق المالك بيمينه إذا أنكر شرط الجعل للعامل بأن اختلفا فيه فقال العامل: شرطت لي جعلاً وأنكر المالك أوأنكرسعى العامل في رد الآبق بأن قال: لم ترده وإنما رجع بنفسه، لأن الأصل عدم الشرط والردّ فإن اختلف الملتزم من مالك أو غيره والعامل في قدر الجعل بعد فراغ العمل تحالفا وفسخ العقد ووجب للعامل أجرة المثل كما لو اختلفا في الإجارة.

فَصْلٌ فِي المزارعة والمخابرة[1] وكراء الأرض

فالمزارعة تسليم الأرض لرجل ليزرعها بعض ما يخرج منها والبذر من المالك. والمخابرة كالمزارعة لكن البذر من العامل وكراء الأرض سيأتي، فلو كان بين الشجر نخلاً كان أو عنباً أرض فيها صحت المزارعة عليها مع المساقاة على الشجر تبعاً للحاجة إلى ذلك إن اتحد عقد وعامل بأن يكون عامل المزارعة هو عامل المساقاة وعسر إفراد الشجر بالسقي، وقدمت المساقاة على المزارعة لتحصيل التبعية وإن تفاوت الجزآن المشروطان من الثمر والزرع، وخرج بالمزارعة المخابرة فلا تصح تبعاً

(١) ذكرهما عقب الجعالة لأن في كل عملاً مجهولاً.

وَإِذَا دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ أَرْضاً لِيَزْرَعَهَا وَشَرَطَ لَهُ جُزْءاً مَعْلُوماً مِنْ رَيْعِهَا لَمْ يَجُزْ وَإِنْ أَكْرَاهُ إِيَّاهَا بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ أَوْ شَرَطَ طَعَاماً مَعْلُوماً فِي ذِمَّتِهِ جَازَ.

للمساقاة لعدم ورودها كذلك (وإذا) أفردت المزارعة أو المخابرة بأن (دفع) مطلق التصرف (إلى رجل أرضاً) أي مكنه فيها (ليزرعها) وكان البذر من المالك (وشرط له) أي للعامل (جزءاً) كثيراً كان أو قليلاً (معلوماً) كالثلث (من ريعها) وهو المسمى بـ«المزارعة» أو كان البذر من العامل وشرط للمالك ما مرّ وهو المسمى بالمخابرة (لم يجز) في الصورتين للنهي عن الأولى في مسلم وعن الثانية في الصحيحين، والمعنى في المنع فيهما أن تحصيل منفعة الأرض ممكن بالإجارة فلم يجز العمل عليها ببعض ما يخرج منها كالمواشي بخلاف الشجر فإنه لا يمكن عقد الإجارة عليه فجوّزت المساقاة للحاجة والمغل في المخابرة للعامل، لأن الزرع يتبع البذر وعليه للمالك أجرة مثل الأرض، وفي المزارعة للمالك لأنه نماء ملكه، وعليه للعامل أجرة مثل عمله وعمل دوابه وعمل ما يتعلق به من آلاته، سواء أحصل من الزرع شيء أم لا أخذاً من نظيره في القراض وذلك لأنه لم يرض ببطلان منفعته إلا ليحصل له بعض الزرع، فإذا لم يحصل له وانصرف كل المنفعة للمالك استحق الأجرة وطريق جعل النخلة لهما في صورة إفراد الأرض بالمزارعة أن يستأجر المالك العامل بنصف البذر شائعاً ليزرع له النصف الآخر في الأرض ويعيره نصف الأرض شائعاً أو يستأجر العامل بنصف البذر شائعاً ونصف منفعة الأرض كذلك ليزرع له النصف الآخر من البذر في النصف الآخر من الأرض فيكونان شريكين في الزرع على المناصفة، ولا أجرة لأحدهما على الآخر، لأن العامل يستحق من منفعة الأرض بقدر نصيبه من الزرع والمالك من منفعته بقدر نصيبه من الزرع وطريق جعل الغلة لهما في المخابرة، ولا أجرة أن يستأجر العامل نصف الأرض بنصف البذر ونصف عمله ومنافع دوابه وآلاته أو بنصف البذر ويتبرع بالعمل والمنافع، ولا بدّ في هذه الإجارة من رعاية الرؤية وتقديره المدّة وغيرهما من شروط الإجارة (وإن أكراه إياها) أي الأرض للمزارعة (بذهب أو فضة) أو لهما معاً، أو بعروض كالفلوس والثياب (أو شرط له طعاماً معلوماً في ذمته) قدره وجنسه ونوعه وصفته عنده وعند المكتري (جاز) ذلك على المذهب المنصوص بل نقل بعضهم فيه الإجماع.

فَصْــلٌ

وَإِحْيَاءُ الْمَوَاتِ جَائِزٌ

تتمة ـ لو أعطى شخص آخر دابة ليعمل عليها أو يتعهدها وفوائدها بينهما لم يصح العقد، لأنه في الأولى يمكنه إيجار الدابة فلا حاجة إلى إيراد عقد عليها فيه غرر، وفي الثانية الفوائد لا تحصل بعمله، ولو أعطاها له ليعلفها من عنده بنصف درها ففعل ضمن له المالك العلف وضمن الآخر للمالك نصف الدر، وهو القدر المشروط له، بحكم بيع فاسد ولا يضمن الدابة، لأنها غير مقابلة بعوض، وإن قال «لتعلفها بنصفها» ففعل فالنصف المشروط مضمون على العالف لحصوله بحكم الشراء الفاسد، دون النصف الآخر.

(فَصْــلٌ) فِي إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ[١]

وهو ـ بفتح الميم والواو ـ الأرض التي لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد قاله الرافعي، وقال الماوردي: وهو الذي لم يكن عامراً ولا حريماً لعامر، قرب من العامر أو بعد.

والأصل فيه قبل الإجماع أخبار، كخبر «مَنْ عَمَّرَ أَرْضاً لَيْسَتْ لأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا» رواه الشيخان[٢].

(وإحياء الموات جائز) بل هو مستحب كما ذكره في المهذب ووافقه عليه النووي، ولحديث: «مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً فَلَهُ فِيهَا أَجْرٌ، وَمَا أَكَلَتِ الْعَوَافِي ـ أي طلاب الرزق ـ مِنْهَا فَهُوَ صَدَقَةٌ»[٣] رواه النسائي وغيره، وقال ابن الرفعة وهو قسمان: أصلي

---

(١) أي عمارة الأرض الخربة فشبه العمارة بالإحياء وأطلقه عليها على سبيل الاستعارة التصريحية الأصلية والجامع الانتفاع في كل من الإحياء والعمارة أو شبه الأرض الخربة بالميت تشبيهاً مضمراً في النفس وإثبات الإحياء تخييل والجامع عدم النفع في كل. قال بعضهم: الأرض ملك لله ثم ملكها للشارع ثم ردها الشارع على أمته المسلمين. وذكره المصنف عقب المزارعة لأن كلاً منهما متعلق بالأرض.

(٢) أخرجه البخاري ٥/ ١٨ (٢٣٣٥).

(٣) أخرجه أحمد في المسند ٣/ ٣٠٤ والدارمي ٢/ ٢٦٧ وابن أبي شيبة ٧/ ٧٤ وابن حبان (١١٣٦).

بِشَرْطَيْنِ: أَنْ يَكُونَ الْمُحْيِي مُسْلِماً، وَأَنْ تَكُونَ الأَرْضُ حُرَّةً لَمْ يَجْرِ عَلَيْهَا مِلْكٌ لِمُسْلِمٍ.

وهو ما لم يعمر قط، وطارىء وهو ما خرب بعد عمارته وقال الزركشي: بقاع الأرض إما مملوكة، أو محبوسة على الحقوق العامة أو الخاصة أو منفكة عن الحقوق العامة أو الخاصة وهو الموات.

وإنما يملك المحيي ما أحياه (بشرطين):

الأول ـ (أن يكون المحيي مسلماً) ولو غير مكلف، إذا كانت الأرض ببلاد إسلام ولو بحرم مكة أذن فيه الإمام أم لا؛ بخلاف الكافر وإن أذن فيه الإمام؛ لأنه كالاستعلاء وهو ممتنع عليه بدارنا، وقال السبكي عن الجوزي ـ بضم الجيم ـ من أصحابنا: إن موات الأرض كان ملكاً للنبيّ ﷺ ثم رده على أمته، وللذمي والمستأمن الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد بدارنا، ولا يجوز إحياء في عرفة ولا المزدلفة ومنى، لتعلق حق الوقوف بالأول والمبيت بالأخيرين، قال الزركشي: وينبغي إلحاق المحصب بذلك، لأنه يسن للحجيج المبيت به انتهى، لكن قال الولي العراقي: ليس ذلك من مناسك الحج فمن أحيا شيئاً ملكه، انتهى. وهذا هو المعتمد، أما إذا كانت الأرض ببلادهم فلهم إحياؤها، لأنه من حقوقهم، ولا ضرر علينا فيه: وكذا للمسلم إحياؤها إن لم يذبونا عنها، بخلاف ما يذبوننا عنها أي وقد صولحوا على أن الأرض لهم.

(و) **الشرط الثاني** ـ (أن تكون الأرض) التي يراد ملكها بالإحياء (حرة) وهي التي (لم يجر عليها ملك لمسلم) ولا لغيره، فإن جرى عليها ملك وإن كان للآن خراباً فهو لمالكه، مسلماً كان أو كافراً، فإن جهل مالكه ـ والعمارة إسلامية ـ فمال ضائع الأمر فيه إلى رأي الإمام، في حفظه أو بيعه وحفظ ثمنه أو اقتراضه على بيت المال إلى ظهور مالكه، أو جاهلية فيملك بالإحياء كالركاز، نعم إن كان ببلادهم وذبونا عنه وقد صولحوا على أن الأرض لهم فظاهر أنا لا نملكه بالإحياء.

ولا يملك بالإحياء حريم عامر، لأنه مملوك لمالك العامر، وحريم العامر ما يحتاج إليه لتمام الانتفاع بالعامر، فالحريم لقرية محياة: ناد، وهو مجتمع القوم للحديث ومرتكض الخيل أو نحوها، ومناخ إبل، وهو الموضع الذي تناخ فيه، ومطرح رماد وسرجين، ونحوها كمراح غنم. وملعب صبيان والحريم لبئر استقاء محياة: موضع

وَصِفَةُ الإِحْيَاءِ مَا كَانَ فِي العَادَةِ عِمَارَةً لِلْمُحْيَا.

نازح منها وموضع دولاب إن كان الاستقاء به، وهو يطلق على ما يستقي به النازح وما تسقى به الدابة، ونحوهما كالموضع الذي يصب فيه النازح الماء، ومتردد الدابة إن كان الاستقاء بها، والموضع الذي يطرح فيه ما يخرج من مصب الماء أو نحوه، والحريم لبئر قناة ما لو حفر فيه نقص ماؤها أو خيف انهيارها، ويختلف ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها، ولا يحتاج إلى موضع النازح ولا غيره مما مر في بئر الاستقاء، والحريم لدار: ممر وفناء لجدرانها، ومطرح نحو رماد ككناسة وثلج، ولا حريم لدار محفوفة بدور بأن أحييت كلها معاً، لأن ما يجعل حريماً لها ليس بأولى من جعله حريماً لأخرى، ويتصرف كل من الملاك في ملكه عادة وإن أدى إلى ضرر جاره أو إتلاف ماله كمن حفر بئر ماء أو حش فاختل به جدار جاره أو تغير بما في الحش ماء بئره، فإن جاوز العادة فيما ذكر ضمن بما جاوزه فيه كأن دق دقاً عنيفاً أزعج الأبنية أو حبس الماء في ملكه فانتشرت النداوة إلى جدار جاره، وله أن يتخذ في ملكه ولو بحوانيت بزازين حماماً واصطبلاً وطاحونة وحانوت حداد إن أحكم جدرانه بما يليق بمقصوده؛ لأن ذلك لا يضر الملك وإن ضر المالك بنحو رائحة كريهة.

[القَوْلُ فِي صِفَةِ الإِحْيَاءِ الَّذِي يَكُونُ بِهِ الْمِلْكُ]

(وصفة الإحياء) الذي يملك به الموات شرعاً (ما كان في العادة) التي هي العرف الذي يعد مثله (عمارة للمحيا) ويختلف ذلك بحسب الغرض منه، وضابطه أن يهيىء الأرض لما يريده، فيعتبر في مسكن تحويط البقعة بآجر أو لبن أو طين أو ألواح خشب بحسب العادة[١] ونصب باب وسقف بعض البقعة ليهيئها للسكنى وفي زريبة للدواب أو

---

(١) ولا يكتفى بمجرد التحويط بل لا بد من البناء كما هو العادة في المسكن؛ ولو شرع في الإحياء لنوع فأحياه لنوع آخر كأن قصد إحياءه للزراعة بعد أن قصده للسكنى ملكه اعتباراً بالقصد الطارىء، بخلاف ما إذا قصد نوعاً وأحياه بما لا يقصد به نوع آخر كأن حوّط البقعة بحيث تصلح زريبة بقصد السكنى لم يملكها خلافاً للإمام وعبارة العبادي وما تقرر من أن صفة الإحياء مختلفة باعتبار ما يقصده المحيي مما اتفق عليه طرق الأصحاب كما قاله الشيخان وزاد الإمام شيئين أحدهما أن القصد إلى الإحياء هل يعتبر لحصول الملك فقال ما لا يفعله في العادة إلا المتملك كبناء الدار واتخاذ البستان يفيد الملك. وإن لم يوجد قصد وما يفعله المتملك وغيره كحفر البئر =

. . . .

غيرها كثمار وغلال التحويط ونصب الباب لا السقف عملاً بالعادة، ولا يكفي التحويط بنصب سعف أو أحجار من غير بناء، وفي مزرعة جمع نحو تراب كقصب وشوك وحولها لينفصل المحيا عن غيره وتسويتها بطم منخفض وكسح مستعل ويعتبر حرثها إن لم تزرع إلا به، فإن لم يتيسر إلا بما يساق إليها فلا بد منه لتتهيأ للزراعة، وتهيئة ماء لها إن لم يكفها مطر معتاد وفي بستان تحويط ولو بجمع تراب حول أرضه، وتهيئة ماء له بحسب العادة، وغرس ليقع على الأرض اسم البستان، ومن شرع في إحياء ما يقدر على إحيائه ولم يزد على كفايته أو نصب عليه علامة كنصب أحجار أو أقطعه له إمام فمتحجر لذلك القدر، وهو مستحق له دون غيره. ولكن لو أحياه آخر ملكه، ولو طالت عرفاً مدة تحجره بلا عذر ولم يحي وقال له الإمام: أحي أو اترك فإن استمهل لعذر أمهل مدة قريبة.

تنبيه ـ من أحيا مواتاً فظهر فيه معدن ظاهر ـ وهو: ما يخرج بلا علاج كنفط وكبريت وقاروموميا[1] ـ أو معدن باطن ـ وهو: ما لا يخرج إلا بعلاج كذهب وفضة وحديد ـ ملكه، لأنه من أجزاء الأرض وقد ملكها بالإحياء، وخرج بظهوره ما لو علمه قبل الإحياء، فإنه إنما يملك المعدن الباطن[2] دون الظاهر كما رجحه ابن الرفعة وغيره وأقر النووي عليه صاحب التنبيه، أما بقعتهما فلا يملكها بإحيائها مع علمه بهما لفساد قصده، لأن المعدن لا يتخذ داراً ولا بستاناً ولا مزرعة ونحوها.

والمياه المباحة من الأودية كالنيل والفرات والعيون في الجبال وغيرها وسيول الأمطار يستوي الناس فيها، لخبر: «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثَةٍ: فِي الْمَاءِ وَالْكَلأِ،

= في الموات وكزراعة قطعة من الموات اعتماداً على ماء السماء إن انضم إليه قصد أفاد الملك وإلا فوجهان أصحهما أنه لايفيده. وما لا يكتفي به المتملك كتسوية موضع النزول وتنقيته عن الحجارة لا يفيد الملك وإن قصده.

(١) بضمّ أوله يمدّ ويقصر وهو شيء يلقيه البحر إلى الساحل فيجمد ويصير كالقار وقيل حجارة سود باليمن ومنه نوع من عظام موتى الكفار وهو متنجس.

(٢) المعتمد أنه لا فرق بين المعدن الظاهر والباطن في حالة العلم والجهل فإن علمهما لم يملكهما ولا بقعتهما وإن جهلهما ملكهما وبقعتهما.

وَيَجِبُ بَذْلُ الْمَالِ بِثَلَاثَةِ شَرَائِطَ: أَنْ يَفْضُلَ عَنْ حَاجَتِهِ، وَأَنْ يَحْتَاجَ إِلَيْهِ غَيْرُهُ لِنَفْسِهِ

والنَّارِ»[1] فلا يجوز لأحد تحجرها ولا للإمام إقطاعها بالإجماع، فإن أراد قوم سقي أراضيهم من المياه المباحة فضاق الماء عنهم سقى الأعلى فالأعلى، وحبس كل منهم الماء حتى يبلغ الكعبين، لأَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «قَضَى بِذَلِكَ» فإن كان في الأرض ارتفاع وانخفاض أفرد كل طرف بسقي، وأما أخذ من هذا الماء المباح في إناء أو بركة أو حفرة أو نحو ذلك ملك على الأصح كالاحتطاب والاحتشاش، وحكى ابن المنذر فيه الإجماع، وحافر بئر بموات لا للتمليك بل للارتفاق بها لنفسه مدة إقامته هناك أولى بها من غيره حتى يرتحل، لحديث: «مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ» والبئر المحفورة في الموات للتملك أو في ملكه يملك الحافر ماءها، لأنها ملكه كالثمرة واللبن.

[القَوْلُ فِي شُرُوطِ بَذْلِ الْمَاءِ]

(ويجب) عليه (بذل الماء بثلاثة شرائط) بل بستة كما ستعرفه:

الأول ـ (أن يفضل عن حاجته) لنفسه وماشيته وشجره وزرعه.

(و) **الشرط الثاني** ـ (أن يحتاج إليه غيره لنفسه) فيجب بذل الفاضل منه عن شربه

(١) أخرج بلفظ (المسلمون) من طريقين:

الأولى: عن أبي خداش عن رجل من أصحاب النبيّ ﷺ قد أخرجها: أحمد في المسند ٥/ ٣٦٤ ـ ضمن مسند أحاديث رجال من أصحاب النبيّ ﷺ ـ وأخرجها أبو داود في السنن ٣/ ٧٥٠ ـ ٧٥١ كتاب البيوع.. (١٧) باب في منع الماء (٦٢) الحديث (٣٤٧٧).

الطريقة الثانية: عن ابن عباس ـ رضي الله تعالى عنهما ـ وقد أخرجها ابن ماجة في السنن ٢/ ٨٢٦، كتاب الرهون ١٦ ـ باب المسلمون شركاء في ثلاث (١٦) ـ الحديث (٢٤٧٢) ـ وأخرجه ابن السكن، ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/ ٦٥ ـ كتاب إحياء الموات ٣٤ ـ الحديث ١٣٠٤ ـ ولكن قال ابن حجر: وفيه عبدالله بن خداش متروك صححه ابن السكن، إلا أن للحديث طرق أخرى يتقوى بها فمنها ما ذكره ابن حجر (ولابن ماجة من حديث أبي هريرة بسندٍ صحيح (ثلاث لا يمنعن..) وهو في السنن برقم (٢٤٧٣) ومنها أيضاً عن ابن عمر حيث قال ابن حجر: (وهو عند الطبراني بسندٍ حسن عن زيد بن جبير عن ابن عمر).

أَوْ لِبَهِيمَتِهِ وَأَنْ يَكُونَ مِمَّا يُسْتَخْلَفُ فِي بِئْرٍ أَوْ عَيْنٍ.

لشرب غيره المحترم من الآدميين، وقوله (أو لبهيمته) أي: ويجب بذل ما فضل من ماشيته وزرعه لبهيمة غيره المحترمة، لخبر الصحيحين: «لَا تَمْنَعُوا فَضْلَ الْمَاءِ لِتَمْنَعُوا بِهِ الْكَلأَ»(١).

تنبيه ـ أطلق المصنف الحاجة، وقيدها الماوردي بالناجزة، وقال: فلو فضل عنه الآن واحتاج إليه في ثاني الحال وجب بذله، لأنه يستخلف.

وخرج بقيد المحترم غيره كالزاني المحصن وتارك الصلاة وكذا تارك الوضوء في الأصح في الروضة، والمرتد والحربي والكلب العقور والبهيمة المأكولة وطئت محترمة فالأصح أنها لا تذبح فيجب البذل لها.

(و) **الشرط الثالث** ـ (أن يكون) الماء الفاضل عما تقدم (مما يستخلف) بالبناء للمفعول ـ أي يخلفه ماء غيره (في بئر أو عين) في جبل أو غيره. وأما الذي لا يخلف كالقار في إناء أو حوض مسدود فلا يجب بذل فضله على الصحيح، والفرق أنه في صورة الاستخلاف لا يلحقه ضرر بالاحتياج إليه في المستقبل. بخلافه في غيره.

والشرط الرابع ـ أن يكون بقرب الماء كلأ مباح ترعاه المواشي، وإلا فلا يجب على المذهب، لخبر الصحيحين: «لَا تَمْنَعُوا فَضْلَ الماءِ لِتَمْنَعُوا بِهِ الْكَلأَ» أي من حيث إن الماشية إنما ترعى بقرب الماء فإذا منع من الماء فقد منع الكلأ.

والشرط الخامس ـ أن لا يجد مالك الماشية عند الكلأ ماء مباحاً، وإلا فلا يجب بذله.

والشرط السادس ـ أن لا يكون على صاحب البئر في ورود الماشية إلى مائه ضرر في زرع ولا ماشية، فإن لحقه في ورودها ضرر منعت، لكن يجوز للرعاة استقاء فضل الماء لها. ولا يجب بذله لزرع الغير كسائر المملوكات، وإنما وجب بذله للماشية لحرمة الروح. ولا يجب بذل فضل الكلأ؛ لأنه لا يستخلف في الحال، ويتمول في

---

(١) أخرجه البخاري ٥/ ٣١ (٢٣٥٤) ومسلم ٣/ ١١٩٨ (٣٧ ـ ١٥٦٦).

فَصْـلٌ

العادة، وزمن رعيه يطول بخلاف الماء وحيث لزمه بذل للماشية لزمه أن يمكنها من ورود البئر إن لم يضر به، وإلا فلا كما مر، وحيث وجب البذل لم يجز أخذ عوض عليه، وإن صح بيع الطعام للمضطر، لصحة النهي عن بيع فضل الماء، رواه مسلم، ولا يجب على من وجب عليه البذل إعارة آلة الاستقاء.

تتمة ـ يشرط في بيع الماء التقدير بكيل أو وزن لا بري الماشية والزرع، والفرق بينه وبين جواز الشرب من ماء السقاء بعوض إن الاختلاف في شرب الآدمي أهون منه في شرب الماشية والزرع، ويجوز الشرب وسقي الدواب من الجداول والأنهار المملوكة إن كان السقي لا يضر بمالكها إقامة للإذن العرفي مقام اللفظي، قال ابن عبدالسلام، ثم قال: نعم لو كان النهر لمن لا يعتبر إذنه كاليتيم والأوقاف العامة فعندي فيه وقفة، انتهى. والظاهر الجواز، والقناة أو العين المشتركة يقسم ماؤها عند ضيقه عنهم بنصب خشبة في عرض النهر فيها ثقب متساوية أو متفاوتة على قدر الحصص من القناة أو العين، وللشركاء القسمة مهايأة، وهي أمر يتراضون عليه كأن يسقي كل منهم يوماً أو بعضهم يوماً وبعضهم أكثر بحسب حصته، ولو سقى زرعه بماء مغصوب ضمن الماء ببدله، والغلة له لأنه المالك للبذر، فإن غرم البدل وتحلل من صاحب الماء كانت الغلة أطيب له مما لو غرم البدل فقط، ولو أشعل ناراً في حطب مباح لم يمنع أحداً الانتفاع بها لا الاستصباح منها فإن كان الحطب له فله المنع من الأخذ منها لا الاصطلاء بها ولا الاستصباح منها.

(فَصْـلٌ) فِي الْـوَقْفِ[1]

هو والتحبيس والتسبيل بمعنى، وهو لغة: الحبس، يقال: وقفت كذا، أي حبسته، ولا يقال أوقفته إلا في لغة تميمية، وهي رديئة وعليها العامة وهو عكس

---

(١) ذكره عقب إحياء الموات لمناسبته له في أن الأول إثبات ملك وإحداثه وفي الثاني إزالة ملك ومن جملة العلاقات الضدية والوقف ليس من خصائص هذه الأمة وقال الحافظ في الفتح وأشار الشافعي إلى أن الوقف من خصائص أهل الإسلام أي وقف الأرض والعقار قال ولا يعرف أن ذلك وقع في الجاهلية وفي الخصائص وشرحها واختص وأمته بالأشهر الهلالية. وبالوقف على جهة عامة أو خاصة قالوا الوقف مما اختص به المسلمون قال الشافعي لم يحبس أهل الجاهلية =

. . . .

حبس، فإن الفصيح أحبس وأما حبس فلغة رديئة ـ وشرعاً: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود، ويجمع على وقوف وأوقاف.

والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿لَنْ تَنَالُوا البِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ [آل عمران: ٩٢] فإن أبا طلحة لما سمعها رغب في وقف بئر حاء، وهي أحب أمواله إليه، وخبر مسلم: «إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلاَّ مِنْ ثَلاَثٍ[١]: صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ»[٢] والصدقة الجارية محمولة عند العلماء على الوقف كما قاله الرافعي.

= فيما علمت إنما حبس أهل الإسلام يعني تحبيس الأراضي والعقار على هذا الوجه المعروف وإلا فقد ورد أن الملل السابقة كانوا يحبسون أموالاً لا يبينون لها مصرفاً بل الوقف شهير بين أكثر الملل فقد نقل المقريزي وغيره أن الروم تزعم أن بلاد مقدونية بأسرها من إسكندرية إلى الصعيد الأعلى وقف في القديم على الكنيسة العظمى التي بالقسطنطينية ومقدونية باللسان العبراني مصر وذكر بعضهم أنه كان بمدينة سومان من بلاد الهند صنم له من الوقوف ما يزيد على عشرة آلاف قرية يصرف ريعها على ألف رجل من البرهميين يعبدونه، فمراد إمامنا رضي الله تعالى عنه أن الوقف على هذا الوجه المعروف الآن حقيقة شرعية ومن هذا التقدير استبان أن الوقف ليس من خصوصياتنا خلافاً للمؤلف ومن تبعه ومما يرشدك إلى ذلك تصريح بعضهم بأن أوقاف الخليل عليه الصلاة والسلام باقية إلى الآن.

(١) هذا العدد لا مفهوم له فقد زيد على ذلك أشياء نظمها السيوطي فقال:

إذا مات ابن آدم ليس يجري ... عليه من خصال غير عشر
علوم بثها ودعاء نجل ... وغرس النخل والصدقات تجري
وراثة مصحف ورباط ثغر ... وحفر البئر أو إجراء نهر
وبيت للغريب بناه يأوي ... إليه أو بناء محل ذكر

وزاد بعضهم:

وتعليم لقرآن كريم ... فخذها من أحاديث بحصر

وقوله علوم بثها أي بتعليم أو تأليف أو تقييد بهوامش.

(٢) أخرجه مسلم ٣/ ١٢٥٥ (١٤ ـ ١٦٣١).

وَالْوَقْفُ جَائِزٌ بِثَلَاثَةِ شَرَائِطَ: أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَنْتَفِعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ، أَنْ يَكُونَ عَلَى أَصْلٍ مَوْجُودٍ،

[الْقَوْلُ فِي أَرْكَانِ الْوَقْفِ]

وأركانه أربعة: واقف، وموقوف. وموقوف عليه، وصيغة:

والمصنف ذكر بعضها معبراً عنه بالشرط فقال: (والوقف) أي من مختار أهل تبرع (جائز) أي صحيح، وهذا هو الركن الأول وهو الواقف، فيصح من كافر ولو لمسجد ومن مبعض لا من مكره ومكاتب ومحجور عليه بفلس أو غيره ولو بمباشرة وليه.

[الْقَوْلُ فِي شُرُوطِ صِحَّةِ الْوَقْفِ]

وقوله (بثلاثة شرائط) ذكر أربعة وأسقط خامساً وسادساً وسابعاً وثامناً كما ستعرفه: الشرط الأول ـ وهو الركن الثاني، وهو الموقوف (أن يكون مما ينتفع به) عيناً معيناً (مع بقاء عينه) مملوكاً للواقف، نعم يصح وقف الإمام من بيت المال، ولا بد أن يقبل النقل من ملك شخص إلى ملك آخر، ويفيد لا بفواته نفعاً مباحاً مقصوداً، وسواء كان النفع في الحال أم لا: كوقف عبد وجحش صغيرين. وسواء كان عقاراً أم منقولاً كمشاع ولو مسجداً وكمدبر ومعلق عتقه بصفة: قال في الروضة كأصلها: ويعتقان بوجود الصفة، ويبطل الوقف بعتقهما، وبناء وغراس وضعا بأرض بحق، فلا يصح وقف منفعة: لأنها ليست بعين، ولا ما في الذمة ولا أحد عبديه لعدم تعيينهما، ولا ما لا يملك للواقف كمكتري وموصى بمنفعته له وحر وكلب ولو معلماً، ولا مستولدة ومكاتب لأنهما لا يقبلان النقل، ولا آلة لهو ولا دراهم لزينة لأن آلة اللهو محرمة والزينة غير مقصودة، ولا ما لا يفيد نفعاً كزمن لا يرجى برؤه، ولا ما لا يفيد إلا بفواته كطعام وريحان غير مزروع، لأن نفعه في فوته ومقصود الوقف الدوام، بخلاف ما يدوم كمسك وعنبر وريحان مزروع.

(و) **الشرط الثاني** ـ هو الركن الثالث، وهو الموقوف عليه ـ (أن يكون) الوقف (على أصل موجود) في الحال، وهو على قسمين: معين، وغير معين، فإن وقف على معين اشترط إمكان تمليكه في حال الوقف عليه بوجوده في الخارج، فلا

وَفَرْعٍ لاَ يَنْقَطِعُ،

يصح الوقف على ولده وهو لا ولد له، ولا على فقراء أولاده ولا فقير فيهم فإن كان فيهم فقير وغني صح ويعطي منه أيضاً من افتقر بعد كما قال البغوي؛ ولا على جنين لعدم صحة تملكه، وسواء أكان مقصوداً أم تابعاً، حتى لو كان له أولاد وله جنين عند الوقف لم يدخل نعم إن انفصل دخل معهم إلا أن يكون الواقف قد سمى الموجودين أو ذكر عددهم فلا يدخل كما قاله الأذرعي.

تنبيه ـ قد علم مما ذكر أن الوقف على الميت لا يصح، لأنه لا يملك، وبه صرح الجرجاني، ولا على أحد هذين الشخصين لعدم تعيين الموقوف عليه، ولا على نفس العبد، لأنه ليس أهلاً للملك، فإن أطلق الوقف عليه فإن كان له لم يصح لأنه يقع للواقف؛ وإن كان لغيره فهو وقف على سيده، وأما الوقف على المبعض فالظاهر أنه إن كان مهايأة وصدر الوقف عليه يوم نوبته فكالحر، أو يوم نوبة سيده فكالعبد، وإن لم تكن مهايأة وزرع على الرق والحرية، ولو وقف على بهيمة مملوكة لم يصح الوقف لأنها ليست أهلاً للملك بحال، فإن قصد به مالكها فهو وقف عليه، وخرج بالمملوكة الموقوفة كالخيل الموقوفة في الثغور ونحوها فيصح الوقف على علفها، ويصح على ذمي معين[١] بما يمكن تمليكه له فيمتنع وقف مصحف وكتب علم والعبد المسلم عليه، ولا يصح الوقف على مرتد وحربي. ولا وقف الشخص على نفسه، لأن الأولين لا دوام لهما مع كفرهما، والثالث لتعذر تمليك الإنسان ملكه لنفسه لأنه حاصل وتحصيل الحاصل محال.

(و) الشرط الثالث ـ أن يكون الوقف مؤبداً على (فرع لا ينقطع) سواء أظهر فيه جهة قرابة كالوقف على الفقراء والعلماء والمجاهدين والمساجد والربط أم لم تظهر كالأغنياء وأهل الذمة والفسقة، لأن الصدقة عليهم جائزة، ولو وقف على الأغنياء

---

(١) تنبيه: المراد بالذمي ومثله المعاهد والمؤمن الجنس فيصح على الذميين والنصارى وعبارة ح ل ويصح على يهود أو نصارى أو فساق أو قطاع طريق على المعتمد وفيه ما لا يخفى لأنه إعانة على معصية اهـ والظاهر أن محل الصحة إذا لم يكن الوصف القائم بها باعثاً على الوقف بأن أراد ذواتهم بخلاف ما إذا قال وقفت هذا على من يفسق أو يقطع الطريق فلا يصح.

وَأَلَّا يَكُونَ فِي مَحْظُورٍ.

وادعى شخص أنه غني لم يقبل إلا ببينة، بخلاف ما لو وقف على الفقراء وادعى شخص أنه فقير ولم يعرف له مال فيقبل بلا بينة، نظراً للأصل فيهما.

تنبيه ـ قضية عطف المصنف قوله «وفرع لا ينقطع» على ما قبله أنهما شرط واحد، ولهذا عد الشروط ثلاثة، والذي في الروضة أنهما شرطان كما قررت به كلامه.

(و) الشرط الرابع ـ (أن لا يكون في محظور) بالحاء المهملة والظاء المشالة ـ أي محرم كعمارة الكنائس[١] ونحوها من متعبدات الكفار للتعبد فيها أو حصرها أو قناديلها أو خدمها أو كتب التوراة أو الإنجيل أو السلاح لقطاع الطريق، لأنه إعانة على معصية، والوقف شرع للتقرب فهما متضادان.

وشرط في الصيغة ـ وهو الركن الرابع ـ لفظ يشعر بالمراد كالعتق بل أولى، وفي معناه ما مر في الضمان، وصريحة: كوقفت، وسبلت، وحبست كذا على كذا، أو تصدقت بكذا على كذا صدقة محرمة، أو مؤبدة، أو موقوفة، أو لا تباع، أو لا توهب، أو جعلت هذا المكان مسجداً، وكنايته: كحرمت، وأبدت هذا للفقراء؛ لأن كلاً منهما لا يستعمل مستقلاً، وإنما يؤكد به فلا يكون صريحاً، وكتصدقت به مع إضافته لجهة عامة كالفقراء، وألحق الماوردي باللفظ أيضاً ما لو بنى مسجداً بنيته بموات.

والشرط الخامس ـ التأبيد، كالوقف على من لم ينقرض قبل قيام الساعة كالفقراء أو على من ينقرض ثم على من لا ينقرض كزيد ثم الفقراء فلا يصح تأقيت الوقف، فلو قال: «وقفت هذا على كذا سنة» لم يصح لفساد الصيغة، فإن أعقبه بمصرف كوقفته على زيد سنة ثم على الفقراء صح وروعي فيه شروط الواقف، وهذا فيما لا يضاهي التحرير، أما ما يضاهيه كالمسجد والمقبرة والرباط كقوله جعلته مسجداً سنة فإنه يصح مؤبداً كما لو ذكر فيه شرطاً فاسداً، وهو لا يفسد بالشرط الفاسد، ولو قال: «وقفت على أولادي»[٢] أو «على زيد ثم نسله» أو نحوه مما لا يدوم، ولم يزد على ذلك من

---

(١) أي ولو كان الواقف ذمياً.

(٢) شروع في الوقف المنقطع الآخر. وحاصل الوقف أنه ثلاثة أنواع: إما مقطوع الأول كالوقف على =

. . . .

يصرف إليه بعدهم، صح، لأن المقصود بالوقف القربة والدوام، فإذا تبين مصرفه ابتداء سهل إدامته على سبيل الخير ويسمى منقطع الآخر، فإن انقرض المذكور صرف إلى أقرب الناس إلى الواقف يوم انقراض المذكور، ويختص المصرف وجوباً بفقراء قرابة الرحم لا الإرث في الأصح، فيقدم ابن بنت على ابن عم، ولو كان الوقف منقطع الأول كوقفته على من سيولد لي ثم على الفقراء لم يصح، لأن الأول باطل لعدم إمكان الصرف إليه في الحال فكذا ما يترتب عليه، أو كان الوقف منقطع الوسط كوقفت على أولادي ثم على رجل مبهم ثم على الفقراء صح لوجود المصرف في الحال والمآل، ثم بعد أولاده يصرف للفقراء.

والشرط السادس ـ بيان المصرف، فلو اقتصر على قوله «وقفت كذا» ولم يذكر مصرفه لم يصح لعدم ذكر مصرفه، ولو ذكر المصرف إجمالاً كقوله وقفت هذا على مسجد كذا كفى وصرف إلى مصالحه عند الجمهور.

والشرط السابع ـ أن يكون منجزاً، فلا يصح تعليقه كقوله «إذا جاء زيد فقد وقفت كذا على كذا» لأنه عقد يقتضي نقل الملك في الحال لم يبن على التغليب والسراية فلا يصح تعليقه على شرط كالبيع والهبة، ومحل البطلان فيما لا يضاهي التحرير، أما ما يضاهيه كجعلته مسجداً إذا جاء رمضان فالظاهر صحته كما ذكره ابن الرفعة، ومحله أيضاً ما لم يعلقه بالموت فإن علقه به كقوله «وقفت داري بعد موتي على الفقراء» فإنه يصح، قال الشيخان: وكأنه وصية لقول القفال: إنه لو عرضها للبيع كان رجوعاً: ولو نجز الوقف وعلق الإعطاء للموقوف عليه بالموت جاز، نقله الزركشي عن القاضي حسين، ولو قال: «وقفت على من شئت، أو فيما شئت» وكان قد عين له ما شاء أو من شاء عند وقفه صح وأخذ ببيانه وإلا فلا يصح للجهالة، ولو قال «وقفت فيما شاء الله» كان باطلاً، لأنه لا يعلم مشيئة الله تعالى.

= من سيولد له، وإما مقطوع الآخر كقوله على أولادي، وإما مقطوع الوسط كقوله على أولادي ثم رجل ثم الفقراء فيصح فيما عدا مقطوع الأوّل ويصرف في منقطع الآخر لأقرب الناس إلى الواقف وفي منقطع الوسط للفقراء كما سيذكره.

وَهُوَ عَلَى مَا شَرَطَهُ الْوَاقِفُ مِنْ تَقْدِيمٍ أَوْ تَأْخِيرٍ أَوْ تَسْوِيَةٍ أَوْ تَفْضِيلٍ.

والشرط الثامن ـ الإلزام، فلو قال: «وقفت هذا على كذا» بشرط الخيار لنفسه في إبقاء وقفه أو الرجوع فيه متى شاء، أو شرطه لغيره لو شرط عوده إليه بوجه ما كأن شرط أن يبيعه أو شرط أن يدخل من شاء ويخرج من شاء لم يصح. قال الرافعي كالعتق قال السبكي وما اقتضاء كلامه من بطلان العتق غير معروف. وأفتى القفال بأن العتق لا يبطل بذلك، لأنه مبني على الغلبة والسراية.

القَوْلُ فِي (الْوَقْفِ عَلَى شُرُوطِ الْوَاقِفِ)

(وهو) أي الوقف (على ما شرطه الواقف) سواء أقلنا الملك[1] له أم للموقوف عليه أم ينتقل إلى الله تعالى، بمعنى أنه ينفك عن اختصاص الآدميين كما هو الأظهر، إذ مبني الوقف على اتباع شرط الواقف (من تقديم أو تأخير أو تسوية أو تفضيل) أو جمع أو ترتيب وإدخال من شاء بصفة وإخراجه بصفة، مثال التقديم والتأخير كقوله «وقفت على أولادي بشرط أن يتقدم الأورع منهم، فإن فضل شيء كان للباقين» ومثال التسوية كقوله «بشرط أن يصرف لكل واحد مائة درهم» ومثال التفضيل كقوله «بشرط أن يصرف لزيد مائة ولعمرو خمسون» ومثال الجمع خاصة كقوله «وقفت على أولادي وأولادهم» فإن ذلك يقتضي التسوية في أصل الإعطاء والمقدار بين الكل وهو جميع أفراد الأولاد وأولادهم ذكورهم وإناثهم، لأن الواو لمطلق الجمع لا للترتيب كما هو الصحيح عند الأصوليين ونقل عن إجماع النحاة، وإن زاد على ذلك «ما تناسلوا» أو «بطناً بعد بطن»، لأن المزيد للتعميم في النسل، ومثال الترتيب خاصة كقوله: «وقفت على أولادي ثم على أولاد أولادي أو الأعلى فالأعلى، أو الأول فالأول، أو الأقرب فالأقرب» لدلالة اللفظ عليه، ومثال الجمع والترتيب كقوله «وقفته على أولادي وأولاد أولادي، فإذا انقرضوا فعلى أولادهم ثم على أولاد أولادهم، ما تناسلوا» فتكون الأولاد وأولاد الأولاد مشتركين وبعدهم يكونون مرتبين، وحيث وجد لفظ الترتيب فلا يصرف للبطن الثاني شيء ما بقي من البطن الأول أحد، وهكذا في جميع البطون لا يصرف إلى بطن وهناك من بطن أقرب منه، إلا أن يقول «من مات من أولادي فنصيبه

---

(١) أي للواقف لأنه إنما أزال الملك عن فوائده وهو مذهب مالك رضي الله عنه وقوله أم للموقوف عليه وهو مذهب الإمام أحمد والقولان ضعيفان في مذهبنا.

. . . .

لولده فيتبع شرطه» ولا يدخل أولاد الأولاد في الوقف على الأولاد لأنه لا يقع عليه اسم الولد حقيقة، ويدخل أولاد البنات في الوقف على الذرية وعلى النسل وعلى العقب وعلى أولاد الأولاد لصدق اللفظ بهم، أما الذرية فلقوله تعالى: ﴿وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ﴾ [الأنعام: ٨٤] إلى أن ذكر عيسى، وليس هو إلا ولد البنت، والنسل والعقب في معناه، إلا أن قال «على من ينسب إلى منهم» فلا يدخل أولاد البنات فيمن ذكر؛ نظراً للقيد المذكور[١]، وهذا إذا كان الواقف رجلاً، فإن كان الواقف امرأة دخلوا فيه بجعل الانتساب فيها لغوياً لا شرعياً، فالتقييد فيها لبيان الواقع لا للإخراج، ومثال الإدخال بصفة والإخراج بصفة كوقفته على أولادي الأرامل، وأولادي الفقراء؛ فلا تدخل المتزوجة، ولا يدخل الغني، فلو عادت أرملة أو عاد فقيراً عاد الاستحقاق، وتستحق غير الرجعية في زمن عدتها كما قاله في الزوائد تفقهاً.

تتمة ـ المولى يشمل الأعلى ـ وهو من له الولاء ـ والأسفل ـ وهو من عليه الولاء ـ فلو اجتمعا اشتركا، لتناول اسمه لهما، والصفة والاستثناء يلحقان المتعاطفات بحرف مشترك كالواو والفاء وثم، إن لم يتخللها كلام طويل: لأن الأصل اشتراكهما في جميع المتعاطفات، سواء أتقدما عليها أم تأخرا أم توسطا: كوقفت هذا على محتاجي أولادي وأحفادي وإخوتي أو على أولادي وأحفادي وإخوتي المحتاجين أو على أولادي وأحفادي وإخوتي، والمحتاجين، أو على أولادي المحتاجين وأحفادي، أو على من ذكر إلا من يفسق منهم، والحاجة هنا معتبرة بجواز أخذ الزكاة كما أفتى به القفال، فإن تخلل المتعاطفات ما ذكر كوقفت على أولادي على أن من مات منهم وأعقب فنصيبه بين أولاده للذكر مثل حظ الأنثيين وإلا فنصيبه لمن في درجته، فإذا انقرضوا صرف إلى إخوتي المحتاجين، أو إلا من لم يفسق منهم ـ اختص بذلك بالمعطوف الأخير.

ونفقة الموقوف ومؤنة تجهيزه وعمارته من حيث شرطها الواقف من مال أو من

---

(١) لأنهم إنما ينسبون لآبائهم قال تعالى ﴿ادعوهم لآبائهم﴾ وأما خبر «إن ابني هذا سيد» في حق الحسن بن علي، فجوابه أنه من خصائصه ﷺ أن تنسب أولاد بناته إليه.

فَصْـلٌ

مال الوقف، وإلا فمن منافع الموقوف ككسب العبد وغلة العقار فإذا انقطعت منافعه فالنفقة ومؤنة التجهيز لا العمارة في بيت المال.

وإذا شرط الواقف نظراً لنفسه أو لغيره اتبع شرطه، وإلا فهو للقاضي(١).

وشرط الناظر: عدالة، وكفاية، ووظيفته عمارة وإجارة وحفظ أصل وغلة وجمعها وقسمتها على مستحقيها، فإن فوض له بعضها لم يتعده، ولواقف ناظر عزل من ولاه النظر فيه ونصب غيره مكانه.

(فَصْـلٌ) فِي الـهِبَةِ(٢)

تقال لما يعم الصدقة والهدية، ولما يقابلهما، واستعمل الأول في تعريفها، والثاني في أركانها. وسيأتي ذلك.

والأصل فيها على الأول قبل الإجماع آيات كقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى البِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢] والهبة بر، وقوله تعالى: ﴿وَآتـِي الْمَـالَ عَلَـى حُبِّـهِ﴾ [البقرة: ١٧٧] الآية وأخبار كخبر الصحيحين: «لَا تُحَقِّرَنَّ(٣) جَارَةٌ لِجَارَتِهَا وَلَوْ فِرْسَنَ شَاةٍ»(٤) أي ظلفها وانعقد الإجماع على استحباب الهبة بجميع أنواعها، وقد يعرض لها أسباب تخرجها عن ذلك: منها الهبة لأرباب الولايات والعمال، ومنها ما لو كان المتهب يستعين بذلك على المعصية، وهي بالمعنى الأول تمليك تطوع في حياة،

---

(١) أي قاضي بلد الوقف من حيث إجارته وحفظه ونحوهما وقاضي بلد الموقوف عليه من حيث قسمة الغلة كما في مال اليتيم وليس لأحد القاضيين فعل ما ليس له.

(٢) ذكرها عقب الوقف لأن كلاً منهما تبرع وتمليك كما تقدم أن الموقوف عليه يملك المنافع. وقال بعضهم ذكرها عقب الوقف لأن فيها تمليك المنافع مع العين كما أن الوقف كذلك.

(٣) قال الكرماني يحتمل أن يكون النهي للمعطية وأن يكون للمهدى إليها. قلت ولا يتم حمله على المهدى إليها إلا بجعل اللام في قوله لجارتها بمعنى من ولا يمتنع حمله على المعنيين.

(٤) أخرجه أبو داود الطيالسي ص ٣٠٧ (٢٣٣٣) وأحمد في المسند ٢/ ٤٠٥ والترمذي ٤/ ٤٤١ (٢١٣٠) وقوله: ولا تحقرن جارة لجارتها. هذا الشطر من الحديث أخرجه البخاري (٦٠١٧) ومسلم ٢/ ٧١٤ (٩٠ ـ ١٠٣٠).

وَكُلُّ مَا جَازَ بَيْعُهُ جَازَ هِبَتُهُ

فخرج بالتمليك العارية والضيافة والوقف، وبالتطوع غيره كالبيع والزكاة، فإن ملك لاحتياج أو لثواب آخرة فصدقة أيضاً أو نقله للمتهب إكراماً له[١] فهدية[٢].

القَوْلُ فِي أَرْكَانِ الْهِبَةِ

وأركانها بالمعنى الثاني المراد عند الإطلاق ثلاثة: صيغة، وعاقد وموهوب.

وعرف المصنف بقوله (وكل ما جاز بيعه[٣] جاز هبته) بالأولى، لأن بابها أوسع[٤]، فإن قيل: لم حذف المصنف التاء من جاز هبته؟ أجيب بأن تاء تأنيث الهبة غير حقيقي، أو لمشاكلة ما جاز بيعه.

تنبيه ـ يستثنى من هذا الضابط مسائل: منها الجارية المرهونة إذا استولدها الراهن أو أعتقها وهو معسر، فإنه يجوز بيعها للضرورة ولا تجوز هبتها لا من المرتهن ولا من غيره، ومنها المكاتب يصح بيع ما في يده ولا تصح هبته، ومنها هبة المنافع

---

(١) خرج بذلك الهدية للظلمة ورشوة القاضي وما يعطى للشاعر خوفاً من هجوه فاندفع قول السبكي الظاهر أن الإكرام ليس بشرط والشرط هو النقل.

(٢) أيضاً فكان الأولى أن يأتي به كما في شرح المنهج. والحاصل أنه إن ملك لأجل الثواب مع صيغة كان هبة وصدقة وإن ملك بقصد الإكرام مع صيغة كان هبة وهدية،وإن ملك لا لأجل الثواب ولا الإكرام بصيغة كان هبة فقط وإن ملك لأجل الثواب من غير صيغة كان صدقة فقط وإن ملك لأجل الإكرام من غير صيغة كان هدية فقط فبين الثلاثة عموم وخصوص من وجه. والكتاب هدية للمرسل إليه إلا إن شرط كتاب الجواب على ظهره اهـ. قال بعضهم ست كلمات جوهرية لا يحويها إلا العقول الزكية: أصل المحبة والهدية وأصل البغضة الأسية وأصل القرب الأمانة وأصل البعد الخيانة وأصل زوال النعمة البطر وأصل العفة غض البصر.

(٣) أفهم كلامه امتناع هبة الاختصاص كجلد الميتة والخمر المحترمة وهو كذلك في الهبة بمعنى التمليك أما بمعنى نقل اليد فجائز، وقوله بمعنى التمليك الخ أي فإذا قال وهبتك هذا الخمر مثلاً فإن أراد ملكتك لا يصح وإن أراد نقلت يدي عنه صح.

(٤) إن كان من جهة أنه يجوز هبة أشياء ولا يجوز بيعها فالبيع كذلك يجوز بيع أشياء ولا تجوز هبتها إلا أن يقال من جهة أن بعض أفراد الهبة لا يحتاج إلى صيغة وهو الصدقة والهدية فلا يعتبر فيهما صيغة بل يكفي فيهما بعث وقبض.

وَلاَ تَلْزَمُ الهِبَةُ إِلاَّ بِالْقَبْضِ.

فإنها تباع بالأجرة، وفي هبتها وجهان: أحدهما أنها ليست بتمليك[(١)] بناء على أن ما وهبت منافعه[(٢)] عارية، وهو ما جزم به الماوردي وغيره ورجحه الزركشي، والثاني أنها تمليك بناء على أن ما وهبت منافعة أمانة وهو ما رجحه ابن الرفعة والسبكي وغيرهما وهو الظاهر، واستثنى مسائل غير ذلك ذكرتها في شرح البهجة وغيره.

ومفهوم كلام المصنف أن ما لا يجوز بيعه كمجهول ومغصوب لغير قادر على انتزاعه وضال وآبق لا تجوز هبته، بجامع أنهما تمليك في الحياة، واستثنى أيضاً من هذا مسائل: منها حبتا الحنطة ونحوهما من المحقرات كشعيرة فإنهما لا يجوز بيعهما وتجوز هبتهما كما جرى عليه في المنهاج وهو المعتمد لانتفاء المقابل لهما، وإن قال ابن النقيب؛ إن هذا سبق قلم، ومنها حق التحجير، فإنه يصح هبته ولا يصح بيعه، ومنها صوف الشاة المجعولة أضحية ولبنها، ومنها الثمار قبل بدو الصلاح، تجوز هبتها من غير شرط القطع بخلاف البيع. ويستثنى مسائل غير ذلك ذكرتها في شرح المنهاج وغيره.

وشرط في العاقد ـ وهو الركن الثاني ـ ما مر في البيع، فيشترط في الواهب: الملك، وإطلاق التصرف في ماله فلا يصح من ولي في مال محجوره، ولا من مكاتب بغير إذن سيده. ويشترط في الموهوب له: أن يكون فيه أهلية الملك لما يوهب له من مكلف وغيره، وغير المكلف يقبل له وليه، فلا تصح لحمل، ولا لبهيمة، ولا لرقيق لنفسه، فإن أطلق الهبة له فهي لسيده.

(ولا تلزم) أي لا تملك (الهبة) الصحيحة غير الضمنية وذات الثوب، الشاملة للهدية والصدقة (إلا بالقبض) فلا تملك بالعقد، لما روى الحاكم في صحيحه أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «أَهْدَى إِلَى النَّجَاشِيِّ ثَلاَثِينَ أُوقِيَّةً مِسْكاً، ثُمَّ قَالَ لأُمِّ سَلَمَةَ: إِنِّي لأَرَى

---

(١) المناسب أن إباحتها وهذا يقتضي التلازم بين عارية المحل وإباحة المحل لأنه استدل بالعارية للعين على أن منافعها ليست مملوكة أي وشأن العارية أن منافعها لا يملكها المستعير وإنما له أن ينتفع وقضية هذا القول أن له الرجوع فيها متى شاء لأنه فرض أنها عارية.

(٢) أطلق عليها هبة بالنظر للصورة أو بالنظر للقول الثاني وإلا فهي لا تصح هبتها على القول الأول فكان المناسب أن يقول بناء على أن ما أبيحت منافعه عارية.

. . . .

النَّجَاشِيَّ قَدْ مَاتَ، وَلاَ أَرَى الْهَدِيَّةَ الَّتِي أُهْدِيَتْ إِلَيْهِ إِلاَّ سَتُرَدّ فَإذا رُدَّتْ إِلَيَّ فَهِيَ لَكِ. فَكَانَ كَذَلِكَ» ولأنه عقد إرفاق كالقرض فلا تملك إلا بالقبض. وخرج بالصحيحة الفاسدة فلا تملك بالقبض وبغير الضمنية كما لو قال: أعتق عبدك عني مجاناً، فإنه يعتق عنه، ويسقط القبض في هذه الصورة، كما يسقط القبول إذا كان التماس العتق بعوض كما ذكروه في باب الكفارات، وبغير ذات الثواب ذاته فإنه إذا سلم الثواب استقل بالقبض لأنه بيع.

تنبيه ـ شمل كلامه هبة الأب لابنه الصغير أنها لا تملك إلا بالقبض كما هو مقتضى كلامهم في البيع ونحوه، خلافاً لما حكاه ابن عبدالبر، ولا بد أن يكون القبض بإذن الواهب فيه إن لم يقبضه الواهب، سواء كان في يد المتهب أم لا فلو قبض بلا إذن ولا إقباض لم يملكه، ودخل في ضمانه، سواء أقبضه في مجلس العقد أم بعده، ولا بد للموهوب له من إمكان السير إليه إن كان غائباً. وقد سبق بيان القبض، إلا أنه هنا لا يكفي الإتلاف، ولا الوضع بين يديه بغير إذنه[1] لأنه غير مستحق القبض، بخلاف البيع، فلو مات الواهب أو الموهوب له قام وارث الواهب مقامه في الإقباض والإذن في القبض ووارث المتهب في القبض.

ولا تنفسخ بالموت[2]، ولا بالجنون، ولا الإغماء، لأنها تؤول إلى اللزوم كالبيع في زمن الخيار.

---

(١) عبارة العباب وتملك الهدية بوضعها بين يدي المهدى إليه البالغ لا الصبي وإن أخذها بقي ما لو أتلفها الصبي والحال ما ذكر فهل يضمنها وينبغي عدم الضمان لأنه سلطه عليه بإهدائها له ووضعها بين يديه كما يؤخذ مما سيأتي في الوديعة أنه لو باع للصبي شيئاً وسلمه له فأتلفه لم يضمنه لأنه سلطه عليها. والهبة كالبيع كما هو ظاهر والوضع بين يديه إقباض كما تقرّر وقضية التعبير بالبالغ أنه يكفي القبول من السفيه ولا يتوقف على قبول وليه ولا قبضه وهو غير مراد.

(٢) هو مستدرك مع ما قبله فكان الأولى التفريع ويقوم ولي المجنون ولوحاكماً مقامه ولا وليّ للمغمى عليه أي فتنتظر إفاقته فإن أيس منها فكما لمجنون.

وَإِذَا قَبَضَهَا الْمَوْهُوبُ لَهُ لَمْ يَكُنْ لِلْوَاهِبِ الرُّجُوعُ فِيهَا إِلاَّ أَنْ يَكُونَ وَالِداً،

الْقَوْلُ فِي الرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ

(وإذا قبضها الموهوب له) أي الهبة الشاملة للهدية والصدقة (لم يكن للواهب) حينئذ (الرجوع فيها إلا أن يكون) الواهب (والداً) كذا سائر الأصول من الجهتين، ولو مع اختلاف الدين على المشهور، سواء أقبضها[1] الولد أم لا، غنياً كان أم فقيراً، صغيراً أو كبيراً، لخبر «لاَ يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِي عَطِيَّةً أَوْ يَهبَ هِبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا، إِلاَّ الْوَالِد فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ» رواه الترمذي والحاكم[2] وصححاه، والوالد يشمل كل الأصول إن حمل اللفظ على حقيقته ومجازه، وإلا ألحق به بقية الأصول بجامع أن لكل ولادة كما في النفقة وحصول العتق وسقوط القود.

تنبيه ـ محل الرجوع فيها إذا كان الولد حراً، أما الهبة لولده الرقيق فهبة لسيده، ومحله أيضاً في هبة الأعيان، أما لو وهب لولده ديناً له عليه فلا رجوع، سواء قلنا إنه تمليك أم إسقاط، إذ لا بقاء للدين، فأشبه ما لو وهبه شيئاً فتلف.

وشرط رجوع الأب أو أحد سائر الأصول: بقاء الموهوب في سلطنة الولد، ويدخل في السلطنة ما لو أبق الموهوب أو غصب فيثبت الرجوع فيهما، وخرج بها ما لو جنى الموهوب أو أفلس المتهب وحجر عليه فيمتنع الرجوع، نعم لو قال «أنا أؤدي أرش الجناية وأرجع» مكن في الأصح.

ويمتنع الرجوع أيضاً ببيع الولد الموهوب أو وقفه أو عتقه أو نحو ذلك مما يزيل الملك عنه، وقضية كلامهم امتناع الرجوع بالبيع وإن كان البيع من أبيه الواهب وهو كذلك، ولا يمنع الرجوع رهنه ولا هبته قبل القبض لبقاء السلطنة، لأن الملك له، وأما

---

(١) هذا التعميم سرى إليه من قول المنهاج وللوالد الرجوع فيما وهبه لولده الخ وهو لا يناسب كلام المتن هنا لأنه فرض كلامه في القبض وهذا التعميم غير مستقيم أيضاً كل أحد له الرجوع قبل القبض فعدم القبض غير محتاج إليه.

(٢) أخرجه أحمد في المسند ١/ ٢٣٧ وأبو داود ٣/ ٨٠٨ (٣٥٣٩) والترمذي ٤/ ٤٤٢ (٣١٣٢) وقال: حديث حسن صحيح والنسائي ٦/ ٢٦٥ وابن ماجة ٢/ ٧٩٥ (٢٣٧٧) وابن حبان كذا في الموارد (١١٤٨) والحاكم في المستدرك ٢/ ٤٦.

. . . .

بعد القبض فلا رجوع له لزوال سلطنته ولا يمنع أيضاً تعليق عتقه ولا تدبيره ولا تزويج الرقيق ولا زراعة الأرض ولا إجارتها لأن العين باقية بحالتها.

نعم يستثنى من الرجوع مع بقاء السلطنة صور: منها ما لو جنَّ الأب فإنه لا يصح رجوعه حال جنونه، ولا رجوع لوليه، بل إذا أفاق كان له الرجوع ذكره القاضي أبو الطيب ومنها ما لو أحرم والموهوب صيد فإنه لا يرجع في الحال، لأنه لا يجوز إثبات يده على الصيد في حال الإحرام، ومنها ما لو ارتد الوالد وفرعنا على وقف ملكه وهو الراجح فإنه لا يرجع لأن الرجوع لا يقبل الوقف كما لا يقبل التعليق، فلو حل من إحرامه أو عاد إلى الإسلام والموهوب باق على ملك الولد رجع.

فروع ـ لو وهب لولده شيئاً ووهبه الولد لولده لم يرجع الأول في الأصح، لأن الملك مستفاد منه، ولو وهبه لولده فوهبه لأخيه من أبيه لم يثبت للأب الرجوع: لأن الواهب لا يملك الرجوع فالأب أولى، ولو وهبه الولد لجده ثم الجد لولده فالرجوع للجد فقط، ولو زال ملك الولد عن الموهوب وعاد إليه بإرث أو غيره لم يرجع الأصل، لأن الملك غير مستفاد منه حتى يرجع فيه، ولو زرع الولد الحب أو فرخ البيض لم يرجع الأصل فيه كما جزم به ابن المقري وإن جزم البلقيني بخلافه: لأن الموهوب صار مستهلكاً، ولو زاد الموهوب رجع فيه بزيادته المتصلة كالسمن دون المنفصلة كالولد الحادث فإنه يبقى للمتهب لحدوثه على ملكه، بخلاف الحمل المقارن للهبة فإنه يرجع فيه وإن انفصل.

[القَوْلُ فِي ما يَتَحَقَّقُ مِنَ الرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ]

ويحصل الرجوع برجعت فيما وهبت، أو استرجعته، أو رددته إلى ملكي، أو نقضت الهبة، أو نحو ذلك كأبطلتها أو فسختها، ولا يحصل الرجوع ببيع ما وهبه أصل لفرعه، ولا بوقفه، ولا بهبته، ولا بإعتاقه، ولا بوطء الأمة.

ولا بد في صحة الهبة من صيغة ـ وهو الركن الرابع ـ وتحصل بإيجاب وقبول لفظاً من الناطق مع التواصل المعتاد، ومن صرائح الإيجاب: وهبتك ومنحتك،

وَإِذَا أَعْمَرَ شَيْئاً أَوْ أَرْقَبَهُ كَانَ لِلْمُعْمَرِ أَوْ لِلْمُرْقَبِ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ.

وملكتك بلا ثمن، ومن صرائح القبول: قبلت، ورضيت. ويقبل الهبة للصغير وغيره ممن ليس أهلاً للقبول الولي، ولا يشترط الإيجاب والقبول في الهدية، ولا في الصدقة، بل يكفي الإعطاء من المالك والأخذ من المدفوع له.

[القَوْلُ فِي الْعُمْرَى والرُّقْبَى]

(و) تصح بعمرى ورقبى، فالعمرى كما (إذا أعمر شيئاً) كأن قال «أعمرتك هذا» أي جعلته لك عمرك أو حياتك أو ما عشت، وإن زاد «فإذا مت عاد لي» لخبر الصحيحين: «العُمْرَى مِيرَاثٌ لأَهْلِهَا»[1] وخرج بقولنا جعلته لك عمرك ما لو قال جعلته لك عمري أو عمر زيد فإنه لا يصح لخروجه عن اللفظ المعتاد لما فيه من تأقيت الملك، فإنه الواهب أو زيداً قد يموت أو لا بخلاف العكس فإن الإنسان لا يملك إلا مدة حياته، ولا يصح تعليق العمرى كإذا جاء فلان أو رأس الشهر فهذا الشيء لك عمرك، والرقبى كما إذا قال «جعلته لك رقبى» (أو أرقبه) كأن قال: «أرقبتكه» أي: إن مت قبلي عاد لي؛ وإن مت قبلك استقر لك (كان) ذلك الشيء (للمعمَّر) في الأولى (أو للمرقَب) في الثانية، بلفظ اسم المفعول فيهما (ولورثته من بعده) ويلغى الشرط المذكور في العمرى والرقبى؛ لخبر أبي داود «لاَ تُعْمِرُوا وَلاَ تُرْقِبُوا، فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئاً أَوْ أَرْقَبَهُ فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ»[2] أي لا تعمروا ولا ترقبوا طمعاً في أن يعود إليكم، فإن مصيره لميراث، والرقبى من الرقوب، فكل منهما يرقب موت الآخر.

والهبة إن أطلقت ـ بأن لم تقيد بثواب ولا بعدمه ـ فلا ثواب فيها، وإن كانت لأعلى من الواهب، أو قيدت بثواب مجهول كثوب فباطلة، أو بمعلوم فبيع نظراً إلى المعنى، وظرف الهبة إن لم يعتد رده كقوصرة تمر هبة أيضاً، وإلا فلا، وإذا لم يكن هبة حرم استعماله إلا في أكل الهبة منه إن اعتيد.

---

(١) أخرجه مسلم ٣/١٢٤٨ (٣١ ـ ١٦٢٥) وأخرج البخاري أصله ٥/٢٣٨ (٢٦٢٥).

(٢) أخرجه الشافعي في المسند ٢/١٦٨ (٥٨٧) وأبو داود ٣/٨٢٠ (٣٥٥٦) والنسائي ٦/٢٧٣ وذكره ابن حجر في التلخيص ٣/٧١ وقال صححه أبو الفتح القشيري على شرطهما.

فَصْـلٌ

وَإِذَا وَجَدَ لُقْطَةً فِي مَوَاتٍ أَوْ طَرِيقٍ

تتمة ـ يسن للوالد وإن علا العدل في عطية أولاده: بأن يسوي بين الذكر والأنثى، لخبر البخاري: «اتَّقُوا اللَّهَ وَٱعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ»[1] ويكره تركه لهذا الخبر، ومحل الكراهة عند الاستواء في الحاجة أو عدمها، وإلا فلا كراهة، وعلى ذلك يحمل تفضيل الصحابة، لأن الصديق فضل السيدة عائشة على غيرها من أولاده وفضل عمر ابنه عاصماً بشيء، وفضل عبدالله بن عمر بعض أولاده على بعضهم، رضي الله تعالى عنهم أجمعين! ويسن أيضاً أن يسوي الولد إذا وهب لوالديه شيئاً، ويكره له ترك التسوية كما مر في الأولاد، فإن فضل أحدهما فالأم أولى، لخبر «إِنَّ لَهَا ثُلُثَيِ البِرِّ» والإخوة ونحوهم لا يجري فيهم هذا الحكم ولا شك أن التسوية بينهم مطلوبة، لكن دون طلبها في الأصول والفروع، وأفضل البر بر الوالدين بالإحسان إليهما وفعل ما يسرهما من الطاعة لله تعالى وغيرها مما ليس بمنهي عنه، وعقوق كل منهما من الكبائر، وهو أن يؤذيه أذى ليس بالهين، ما لم يكن ما آذاه به واجباً، وصلة القرابة ـ وهي فعلك مع قريبك ما تعد به واصلاً ـ مأمور بها ـ وتحصل بالمال، وقضاء الحوائج والزيارة والمكاتبة والمراسلة بالسلام ونحو ذلك.

(فَصْـلٌ) فِي اللُّقَطَةِ

وهي ـ بضم اللام وفتح القاف وإسكانها ـ لغة: الشيء الملتقط وشرعاً: ما وجد من حق محترم غير محروز لا يعرف الواجد مستحقه.

والأصل فيها قبل الإجماع: الآيات الآمرة بالبر والإحسان، إذ في أخذها للحفظ والرد إحسان، والأخبار الواردة في ذلك كخبر مسلم «واللَّهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا دَامَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ»[2].

(وإذا وجد) أي الحر (لقطة في موات أو طريق) ولم يثق بأمانة نفسه في

---

(١) أخرجه البخاري ٥/ ٢١١ (٢٥٨٧) ومسلم ٣/ ١٢٤٢ (١٣ ـ ١٦٢٣).

(٢) أخرجه مسلم (٢٠٧٤) وأبو داود (٤٩٩٠) والترمذي (١٤٢٥) وأحمد في المسند ٢/ ٢٥٢ والحاكم في المستدرك ٤/ ٣٨٣.

فَلَهُ أَخْذُهَا وَتَرْكُهَا، وَأَخْذُهَا أَوْلَى مِنْ تَرْكِهَا إِنْ كَانَ عَلَى ثِقَةٍ مِنَ القِيَامِ بِهَا

المستقبل وهو آمن في الحال خشية الضياع أو طرو الخيانة (فله أخذها) جوازاً؛ لأن خيانته لم تتحقق، والأصل عدمها، وعليه الاحتراز (و) له (تركها) خشية استهلاكها في المستقبل، ولا يضمن بالترك، فلا يندب له أخذها، ولا يكره له الترك. وخرج بالحر الرقيق فلا يصح التقاطه بغير إذن سيده وإن لم ينهه، لأن اللقطة أمانة وولاية ابتداء، وتمليك انتهاء وليس هو من أهلها، فإن التقط بإذنه صح وكان سيده هو الملتقط، وأما بغير إذن سيده فمن أخذها منه كان الملتقط سيداً كان أو أجنبياً، ولو أقرها في يد سيده واستحفظه عليها ليعرفها وهو أمين جاز، وإلا فلا، ويصح اللقط من مكاتب كتابة صحيحة، لأنه مستقل بالملك والتصرف، وخرج بالموات المملوك فلا تؤخذ منه للتملك بعد التعريف، بل هي لصاحب اليد فيه إذا ادعاها، وإلا فلمن كان مالكاً قبله، وهكذا حتى ينتهي إلى المحيي فإن لم يدعها كانت لقطة كما قاله المتولي وأقره في الروضة وبغير الواثق بنفسه الواثق بها، وإليه أشار بقوله: (وأخذها أولى من تركها) فهو مستحب (إن كان على ثقة) من نفسه (من القيام بها) لما فيه من البر، بل يكره تركها، وسن إشهاد بها مع تعريف شيء من اللقطة زائدة كما في الوديعة، وحملوا الأمر بالإشهاد في خبر أبي داود «مَنِ ٱلْتَقَطَ لُقَطَةً فَلْيُشْهِدْ ذَا عَدْلٍ، أَوْ ذَوِي عَدْلٍ، وَلاَ يَكْتُمْ وَلاَ يُغَيِّبْ»[1] على الندب، جمعاً بين الأخبار. وتصح لقطة المبعض، لأنه كالحر في الملك والتصرف والذمة ولقطته له ولسيده في غير مهايأة فيعرفانها ويتملكانها بحسب الرق والحرية كشخصين التقطا، وفي مناوبة لذي نوبة كباقي الأكساب كوصية وهبة وركاز. والمؤن كأجرة طبيب وحجام وثمن دواء، فالأكساب لمن حصلت في نوبته والمؤن على من وجد سببها في نوبته. وأما أرش الجناية فيشتركان فيه، لأنه يتعلق بالرقبة وهي مشتركة والجناية عليه كالجناية منه بحثه الزركشي، وكلام المنهاج يشملها، وكره اللقط الفاسق لئلا تدعوه نفسه إلى الخيانة فيصح اللقط منه كما يصح من مرتد وكافر معصوم في دار الإسلام كاصطيادهم واحتطابهم وتنزع اللقطة منهم

(١) أخرجه أحمد في المسند ٤/ ١٦١ وأبو داود ٢/ ٣٣٥ (١٧٠٩) وابن ماجة ٢/ ٨٣٧ (٢٥٠٥) وابن حبان كذا في الموارد ص ٢٨٤ (١١٦٩).

وَإِذَا أَخَذَهَا فَعَلَيْهِ أَنْ يَعْرِفَ سِتَّةَ أَشْيَاءَ: وِعَاءَهَا ـ وَعِفَاصَهَا، وَوِكَاءَهَا،

وتسلم لعدل، لأنهم ليسوا من أهل الحفظ لعدم أمانتهم، ويضم لهم مشرف في التعريف، فإن تم التعريف تملكوا، وتصح من صبي ومجنون، وينزع اللقطة منهما وليهما ويعرفها ويتملكها لهما إن رآه حيث يجوز الاقتراض لهما؛ لأن التمليك في معنى الاقتراض فإن لم يره حفظها وسلمها للقاضي، وكالصبي والمجنون السفيه إلا أنه يصح تعريفه[1] دونهما، ومن أخذ لقطة لا لخيانة ـ بأن لقطها لحفظ أو تملك أو اختصاص أو لم يقصد خيانة ولا غيرها، أو قصد أحدهما ونسيه ـ فأمين، وإن قصد الخيانة بعد أخذها، ما لم يتملك أو يختص بعد التعريف ويجب تعريفها وإن لقط لحفظ وإن أخذها للخيانة فضامن وليس له تعريفها ولو دفع لقطة لقاض لزمه قبولها.

[القَوْلُ فِيمَا يَجِبُ عَلَى الْمُلْتَقِطِ]

(وإذا أخذها) أي اللقطة الملتقط بنفسه أو غيره (فعليه) حينئذ (أن يعرف) بفتح حرف المضارعة (ستة أشياء) وهي في الحقيقة ترجع إلى أربعة، وترك معرفة اثنين كما سيظهر: الأول: أن يعرف (وعاءها) وهو ـ بكسر الواو والمد ـ ما هي فيه من جلد أو غيره (و) الثاني: أن يعرف (عفاصها) هو ـ بكسر العين المهملة ـ وأصله كما في تحرير التنبيه عن الخطابي ـ الجلد الذي يلبس رأس القارورة، وهي مراد المصنف كصاحب التنبيه، لأنهما جمعا بين الوعاء والعفاص، والمحكي في تحرير التنبيه عن الجمهور أن العفاص هو الوعاء ولذا قال في الروضة: فيعرف عفاصها وهي الوعاء من جلد وخرقة وغيرهما، انتهى، فأطلق العفاص على الوعاء توسعاً (و) الثالث ـ أن يعرف (وكاءها)

---

(١) الأوجه عدم جواز إبقائها في يده لأن يده لا تصلح للمال فإن قصر الولي في انتزاعها منه فتلفت أو أتلفها ضمنها الولي أي غير الحاكم كما بحثه الزركشي في ماله أصالة لا قراراً فلا يطالب السفيه كما قال الرافعي إنه المفهوم من كلام الأصحاب، معترضاً به ما أفهمه قول الغزالي في قوله قرار الضمان على الولي وإن صرح به ابن يونس في التعجيز كما لو قصر بترك ما احتطبه في يده حتى تلف أو أتلفه لأن عليه حفظه ثم يعرف التالفة ثم إن رأى المصلحة في تملكها له تملك له قيمتها هو أو السفيه بإذنه بعد قبض الحاكم إياها من الولي إذ ما في الذمة لا يمكن تملكه اهـ سم وقوله ضمنها الولي أي غير الحاكم الخ عبارة م د على التحرير ويضمن أي في مال نفسه ولو الحاكم فيما يظهر.

وَجِنْسَهَا، وَعَدَدَهَا، وَوَزْنَهَا، وَأَنْ يَحْفَظَهَا فِي حِرْزِ مِثْلِهَا، ثُمَّ إِذَا أَرَادَ تَمَلُّكَهَا عَرَّفَهَا سَنَةً

وهو ـ بكسر الواو وبالمد ـ ما تربط به من خيط أو غيره (و) الرابع: أن يعرف (جنسها) من نقد أو غيره (و) الخامس ـ أن يعرف (عددها) كاثنين فأكثر، (و) السادس أن يعرف (وزنها) كدرهم فأكثر، أما كونها ترجع إلى أربع فإن العفاص والوعاء واحد كما عليه الجمهور، والعدد والوزن يعبر عنهما بالقدر، فإن معرفة القدر شاملة للوزن والعدد والكيل والزرع. والسابع وهو المتروك من كلامه ـ أن يعرف صفتها من صحة وتكسير ونحوها، ومعرفة هذه الأوصاف تكون عقب الأخذ كما قاله المتولي وغيره، وهي سنة كما قاله الأذرعي وغيره، وهو المعتمد، هو قضية كلام الجمهور، وفي الكافي أنها واجبة، وجرى عليه ابن الرفعة، ويندب كتب الأوصاف، كما قال الماوردي وأنه التقطها في وقت كذا (و) يجب عليه (أن يحفظها) لمالكها (في حرز مثلها) إلى ظهوره لأن فيها معنى الأمانة والولاية والاكتساب، فالأمانة والولاية أولاً، والاكتساب آخراً بعد التعريف، وهل المغلب فيها الأمانة والولاية لأنهما ناجزان أو الاكتساب لأنه المقصود، وجهان في الروضة وأصلها من غير ترجيح، والمرجح تغليب الاكتساب، لأنه يصح التقاط الفاسق والذمي في دار الإسلام، ولولا أن المغلب ذلك لما صح التقاطهما (ثم إذا أراد) الملتقط (تملكها عرفها سنة) أي من يوم التعريف، تحديداً، والمعنى في ذلك أن السنة لا تتأخر فيها القوافل غالباً، وتمضي فيها الفصول الأربعة، قال ابن أبي هريرة: ولأنه لو لم يعرف سنة لضاعت الأموال على أربابها ولو جعل التعريف أبداً لامتنع من التقاطها، فكان في السنة نظراً للفريقين معاً، ولا يشترط أن تكون السنة متصلة، بل يكفي ولو مفرقة على العادة إن كانت غير حقيرة ولو من الاختصاصات، فيعرفها أولاً كل يوم مرتين طرفيه أسبوعاً، ثم كل يوم مرة طرفه أسبوعاً أو أسبوعين ثم في كل أسبوع مرة أو مرتين، ثم في كل شهر كذلك بحيث لا ينسى أنه تكرار لما مضى وإنما جعل التعريف في الأزمنة الأولى أكثر لأن تطلب المالك فيها أكثر، قال الزركشي: قيل: ومرادهم أن يعرف كل مدة من هذه المدد ثلاثة أشهر، ولو مات الملتقط أثناء المدة بنى وارثه على ذلك كما بحثه الزركشي، ولو التقط اثنان لقطة عرفها كل واحد نصف سنة كما قال السبكي إنه الأشبه، وإن خالف في ذلك ابن

عَلَى أَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ وَفِي الْمَوْضِعِ الَّذِي وَجَدَهَا فِيهِ

الرفعة، لأنها لقطة واحدة، والتعريف من كل منهما لكلها لا لنصفها لأنها إنما تقسم بينهما عند التملك.

تنبيه ـ قد يتصور التعريف سنتين، وذلك إذا قصد الحفظ فعرفها سنة، ثم قصد التملك فإنه لا بد من تعريفه سنة من حينئذ، ويبين في التعريف زمن وجدان اللقطة، ويذكر ندباً اللاقط ولو بنائبه بعض أوصافها في التعريف، فلا يستوعبها لئلا يعتمدها الكاذب، فإن استوعبها ضمن؛ لأنه قد يرفعه إلى من يلزم الدفع بالصفات.

ويعرفها في بلد الالتقاط (على أبواب المساجد) عند خروج الناس، لأن ذلك أقرب إلى وجود صاحبها (و) يجب التعريف[١] (في الموضع الذي وجدها فيه) وليكثر منه فيه لأن طلب الشيء في مكانه أكثر. وخرج بقوله على أبواب المساجد فيكره التعريف فيها[٢] كما جزم في المجموع وإن فهم كلام الروضة التحريم، إلا المسجد الحرام فلا يكره التعريف فيه اعتباراً بالعرف، لأنه مجمع الناس، ومقتضى ذلك أن مسجد المدينة والأقصى كذلك، ولو أراد الملتقط سفراً استناب بإذن الحاكم من يحفظها ويعرفها، فإن سافر بها أو استناب بغير إذن الحاكم مع وجوده ضمن لتقصيره، وإن التقط في الصحراء وهناك قافلة تبعها وعرف فيها، إذ لا فائدة في التعريف في الأماكن الخالية، فإن لم يرد ذلك ففي بلد يقصدها قربت أو بعدت، سواء أقصدها ابتداء أم لا حتى لو قصد بعد قصده الأول بلدة أخرى ولو بلدته التي سافر منها عرف فيها، ولا يكلف العدول عنها إلى أقرب البلاد إلى ذلك المكان. ويعرف حقير لا يعرض عنه غالباً متمولاً كان أو مختصاً، ولا يتقدر بشيء، بل هو ما يغلب على الظن أن فاقده لا يكثر أسفه عليه ولا يطول طلبه له غالباً، إلى أن يظن إعراض فاقده عنه غالباً،

---

(١) الأولى عدم ذكره لأنه معلوم ويقول وليكثر من التعريف الخ.

(٢) أي في المساجد هو المعتمد ومحله إذا كان برفع صوت وإلا فلا كراهة يكره البيع والشراء في المسجد وسائر العقود كالبيع إلا النكاح فيسن عقده فيه. وكذا يكره نشد الضالة فيه ويندب أن يقال للعاقد فيه لا ربح الله تجارتك، وللمنشد لا ردها الله عليك ويكره السؤال فيه إذا لم يتأذّ به نحو مصلّ ولم يتخطّ الرقاب ولم يمش أمام الصفوف وإلا حرم ولا يكره إعطاؤه إلا إن تأذى به الناس فيكره للإعانة على الأذى بل لو قيل يحرم لم يبعد ولا يكره بباب المسجد.

فَإِنْ لَمْ يَجِدْ صَاحِبَهَا كَانَ لَهُ أَنْ يَتَمَلَّكَهَا بِشَرْطِ الضمَانِ.

وعليه مؤنة التعريف إن قصد تملكاً ولو بعد لقطه للحفظ أو مطلقاً، وإن لم يتملك لوجوب التعريف عليه، فإن لم يقصد التملك ـ كأن لقط للحفظ أو أطلق ولم يقصد تملكاً أو اختصاصاً ـ فمؤنة التعريف على بيت المال أو المالك: بأن يرتبها الحاكم في بيت المال، أو يقترضها على المالك من اللاقط أو غيره، أو يأمره بصرفها ليرجع على المالك، أو يبيع بعضها إن رآه، وإنما لم تلزم اللاقط لأن الحظ فيه للمالك فقط.

[مَا الْحُكْمُ إِذَا لَمْ يَجِدْ صَاحِبَهَا؟]

(فإن لم يجد صاحبها) بعد تعريفها (كان له أن يتملكها بشرط الضمان)[١] إذا ظهر مالكها، ولا يملكها الملتقط بمجرد مضي مدة التعريف بل لا بد من لفظ أو ما في معناه كتملكت؛ لأنه تملك مال ببدل فافتقر إلى ذلك كالتملك بشراء. وبحث ابن الرفعة في لقطة لا تملك كخمر وكلب أنه لا بد فيها مما يدل على نقل لاختصاص؛ فإن تملكها فظهر المالك ولم يرضَ ببدلها ولا تعلق بها حق لازم يمنع بيعها لزمه ردها له بزيادتها المتصلة، وكذا المنفصلة إن حدثت قبل التملك تبعاً للقطة، فإن تلفت حساً أو شرعاً بعد التملك غرم مثلها إن كانت مثلية أو قيمتها إن كانت متقومة وقت التملك، لأنه وقت دخولها في ضمانه.

ولا تدفع اللقطة لمدعيها بلا وصف ولا حجة إلا أن يعلم اللاقط أنها له فيلزمه دفعها له، وإن وصفها له وظن صدقه جاز دفعها له عملاً بظنه، بل يسن، نعم إن تعدد الواصف لم يدفعها إلا بحجة، فإن دفعها له بالوصف فثبت لآخر بحجة حولت له عملاً بالحجة، فإن تلفت عند الواصف فللمالك تضمين كل منهما والقرار على المدفوع له.

---

(١) هو بيان للواقع لأنه يضمنها وإن لم يشرط الضمان بل متى تملك ضمن وولدها الحاصل قبل تملكها له حكمها ولا يجب تعريفه. وبه يلغز فيقال: لنا شيء محكوم عليه بأنه لقطة ولم يضع من مالكه ويتملك بعد سنة ولا يجب تعريفه بالكلية أي لأن الواجب تعريف أمه فقط. ولو مات قبل التملك وورثه نحو صبي أو بيت المال فهل ينتقل حق التملك للصغير في الأولى فلوليه أن يتملك له وللمسلمين في الثانية فللإمام التملك لهم؟ تردد فيه الزركشي ولا يبعد الانتقال.

فَصْــلٌ

وَاللُّقَطَةُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَضْرُبٍ: أَحَدُهَا. مَا يَبْقَى عَلَى الدَّوَامِ، فَهَذَا حُكْمُهُ. وَالثَّانِي: مَا لاَ يَبْقَى عَلَى الدَّوَامِ، كَالطَّعَامِ الرَّطْبِ فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ

وإذا تملك الملتقط اللقطة بعد التعريف ولم يظهر لها صاحب فلا شيء عليه في إنفاقها فإنها كسب من أكسابه لا مطالبة عليه بها في الدار الآخرة[١].

(فَصْــلٌ)[٢]
فِي بَعْضِ النُّسَخِ - وَهُوَ فِي أَقْسَامِ اللُّقَطَةِ وَبَيَانِ حُكْمِ كُلٍّ مِنْهَا

واعلم أن الشيء الملتقط قسمان: مال، وغيره، والمال نوعان: حيوان وغيره، والحيوان ضربان: آدمي وغيره، ويعلم غالب ذلك من كلامه رحمه الله تعالى في قوله[٣] (واللقطة) أي بالنظر إلى ما يفعله فيها (على أربعة أضرب[٤]: أحدها ما يبقى على الدوام) كالذهب والفضة، (فهذا) أي ما ذكرناه في الفصل قبله من التخيير بين تملكها وبين إدامة حفظها إذا عرفها سنة ولم يجد مالكها هو (حكمه) أي هذا الضرب (و) الضرب (الثاني ما لا يبقى على الدوام) بل يفسد بالتأخير (كالطعام الرطب) كالرطب الذي لا يتتمر والبقول (فهو) أي الملتقط (مخير) فيه (بين) تملكه

---

(١) محله إذا عزم على ردها أو ردّ بدلها إذا ظهر مالكها.

(٢) لما فرغ من الكلام على حكم اللقط الذي هو الفعل من إباحته وندبه وكراهته شرع يتكلم على بيان ما يفعل في الشيء الملقوط.

(٣) لعل في بمعنى من البيانية لئلا يلزم عليه ظرفية الشيء في نفسه أي كلامه الذي هو قوله الخ وقال بعضهم إن قوله في قوله ظرف لقوله كلامه من ظرفية العام في الخاص.

(٤) أي إجمالاً وإلا فهي بالنظر للتفاصيل تزيد على ذلك. والحاصل أن اللقطة إما أن تحتاج إلى نفقة أو لا، فإن احتاجت فهي الضرب الرابع وإلا فإن لم تتغير بطول البقاء كالذهب والفضة تخير الملتقط بين أمرين تملكها مع غرم البدل وإدامة الحفظ، وإن تغيرت فإما ألا تقبل التجفيف بالعلاج أو تقبله فإن لم تقبله خير بين أمرين بين التملك ثم الأكل والغرم وبين البيع مع حفظ الثمن، وإن قبلت التجفيف خير بين بيعها وحفظ ثمنها وبين التجفيف لها إما بطريق التبرّع أو بيع جزء منها لذلك. وقوله على الدوام أي المعتاد أي وليس بحيوان ولا يحتاج إلى علاج أخذاً مما يأتي.

أَكْلِهِ وَغُرْمِهِ، أَوْ بَيْعِهِ وَحِفْظِ ثَمَنِهِ، وَالثَّالِثُ: مَا يَبْقَى بِعِلَاجٍ كَالرُّطَبِ فَيَفْعَلُ مَا فِيهِ الْمَصْلَحَةُ مِنَ بَيْعِهِ وَحِفْظِ ثَمَنِهِ أَوْ تَجْفِيفِهِ وَحِفْظِهِ. وَالرَّابِعُ مَا يَحْتَاجُ إِلَى نَفَقَةٍ كَالْحَيَوَانِ، وَهُوَ ضَرْبَانِ: حَيَوَانٌ لَا يَمْتَنِعُ بِنَفْسِهِ

ثم (أكله) وشربه (وغرمه) أي غرم بدله من مثل أو قيمة (أو بيعه)[١] بثمن مثله (وحفظ ثمنه) لمالكه (و) الضرب (الثالث: ما يبقى) على الدوام لكن (بعلاج) بكسر المهملة (كالرطب) الذي يتجفف (فيفعل) الملتقط (ما فيه المصلحة) لمالكه (من بيعه) بثمن مثله (وحفظ ثمنه) له (أو تجفيفه وحفظه) لمالكه إن تبرع الملتقط بالتجفيف، وإلا فيبيع بعضه بإذن الحاكم إن وجده وينفق على تجفيفه الباقي، والمراد بالبعض الذي يباع[٢] ما يساوي مؤنة التجفيف (و) الضرب (الرابع: ما يحتاج إلى نفقة كالحيوان) آدمي وغيره، فالآدمي وتركه المصنف اختصاراً لندرة وقوعه، فيصح لقط رقيق صغير غير مميز أو مميز زمن نهب؛ بخلافه زمن الأمن لأنه يستدل به على سيده فيصل إليه، ومحل ذلك في الأمة إذا التقطها للحفظ أو للتملك ولم تحل له كمجوسية ومحرم بخلاف ما تحل له لأن تملك اللقطة كالاقتراض، وينفق على الرقيق مدة الحفظ من كسبه، فإن لم يكن له كسب فإن تبرع بالإنفاق عليه فذاك، وإن أراد الرجوع فلينفق بإذن الحاكم، فإن لم يجده أشهد، وإذا بيع ثم ظهر المالك وقال «كنت أعتقته» قبل قوله، وحكم بفساد البيع. وأما غير الآدمي وعليه اقتصر المصنف لغلبة وقوعه فأشار إليه بقوله (وهو ضربان) الأول (حيوان لا يمتنع بنفسه) من صغار السباع كشاة وعجل

---

(١) المناسب أن يقول وبيعه لأن أو لا تقع بعد بين لأنها لا تضاف إلا لمتعدّد. ويجاب بأن أو بمعنى الواو وإنما عدل عنها إلى أو لئلا يتوهم أنه معطوف على وغرمه. والمراد بقوله أو بيعه أي بإذن الحاكم إن وجده فلا بد من مراجعته فإن قال له الأحظ البيع لم يبع إلا بإذنه وإن قال له الأحظ الأكل أكله من غير إذن.

(٢) هذا بخلاف ما يأتي في الحيوان من أنه يباع كله قال الرافعي لأن علفه يتكرّر فيؤدّي إلى أنه يأكل نفسه فإن استوى الأمران أعني البيع والتجفيف فكما لو كانت المصلحة في التجفيف كما صرّح به شيخ مشايخنا وهو ظاهر للمحافظة على بقاء العين بقدر الإمكان ثم بعد البيع أو التجفيف يعرّفه ويظهر جواز التعريف أيضاً قبلهما ومعهما لأن المعرف الرطب كما هو ظاهر وليس له الأكل كما أفهمه كلامه وإن خالف فيه بعض الأصحاب.

فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَكْلِهِ وَغُرْمِ ثَمَنِهِ أَوْ تَرْكِهِ وَالتَّطَوُّعِ، بِالإِنْفَاقِ عَلَيْهِ، أَوْ بَيْعِهِ وَحِفْظِ ثَمَنِهِ وَحَيَوَانٌ يَمْتَنِعُ بِنَفْسِهِ، فَإِنْ وَجَدَهُ فِي الصَّحْرَاءِ تَرَكَهُ، وَإِنْ وَجَدَهُ فِي الْحَضرِ فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الأَشْيَاءِ الثَّلاَثَةِ

وفصيل والكسير من الإبل والخيل، ونحو ذلك مما إذا تركه يضيع بكاسر من السباع أو بخائن من الناس فإن وجده بمفازة (فهو مخير) فيه (بين) تملكه ثم (أكله وغرم ثمنه) لمالكه (أو تركه) أي إمساكه عنده (والتطوع بالإنفاق عليه) إن شاء؛ فإن لم يتطوع وأراد الرجوع فلينفق بإذن الحاكم فإن لم يجده أشهد كما مر في الرقيق (أو بيعه) بثمن مثله(وحفظ ثمنه) لمالكه، ويعرفها، ثم يتملك الثمن، وخرج بقيد المفازة العمران، فإذا وجده فيه فله الإمساك مع التعريف وله البيع والتعريف وتملك الثمن، وليس له أكله وغرم ثمنه على الأظهر؛ لسهولة البيع في العمران، بخلاف المفازة فقد لا يجد فيها من يشتري ويشق النقل إليه.

والخصلة الأولى من الثلاث عند استوائها في الأحظية أولى من الثانية، والثانية أولى من الثالثة، وزاد الماوردي خصلة رابعة، وهي: أن يتملكه في الحال ليستبقيه حياً لدر أو نسل، قال: لأنه لما استباح تملكه مع استهلاكه فأولى أن يستبيح تملكه مع استبقائه، هذا كله في الحيوان المأكول، فأما غيره كالجحش وصغار ما لا يؤكل ففيه الخصلتان الأخيرتان، ولا يجوز تملكه حتى يعرفه سنة على العادة.

(و) الضرب الثاني (حيوان يمتنع) من صغار السباع كذئب ونمر وفهد (بنفسه) إما بفضل قوة كالإبل والخيل والبغال والحمير، وإما بشدة عدوه كالأرنب والظباء المملوكة، وإما بطيرانه كالحمام (فإن وجده) الملتقط (في الصحراء) الآمنة وأراد أخذه للملك لم يجز، و (تركه) وجوباً، لأنه مصون بالامتناع من أكثر السباع، مستغن بالرعي إلى أن يجده صاحبه لتطلبه له، ولأن طروق الناس لا يعم فمن أخذه للتملك ضمنه، ويبرأ من الضمان بدفعه إلى القاضي، لا برده إلى موضعه وخرج بقيد التملك إرادة أخذه للحفظ، فيجوز للحاكم ونوابه، وكذا للآحاد على الأصح في الروضة لئلا يضيع بأخذ خائن، وخرج بقيد الآمنة ما لو كان في صحراء زمن نهب فيجوز لقطه للتملك لأنه حينئذ يضيع بامتداد اليد الخائنة إليه (وإن وجده في الحضر) ببلدة أو قرية أو قريب منهما كان له أخذه للتملك، وحينئذ (فهو مخير) فيه (بين الأشياء الثلاثة) التي تقدم

فِيهِ.

فَصْلٌ

وَإِذَا وُجِدَ لَقِيطٌ بِقَارِعَةِ الطَّرِيقِ فَأَخْذُهُ وَتَرْبِيَتُهُ وَكَفَالَتُهُ وَاجِبَةٌ

ذكرها قريباً (فيه) أي الضرب الرابع في الكلام على الضرب الأول منه، وهو الذي لا يمتنع، فأغنى عن إعادتها هنا، وإنما جاز هذا الحيوان في العمران دون الصحراء الآمنة للتملك لئلا يضيع بامتداد الأيدي الخائنة إليه، بخلاف الصحراء الآمنة فإن طروق الناس بها نادر.

تتمة ـ لا يحل لقط حرم مكة إلا لحفظ، فلا يحل إن لقط للتملك أو أطلق ويجب تعريف ما التقطه للحفظ، لخبر «إِنَّ هَذَا الْبَلَدَ حَرَّمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: لَا يَلْتَقِطُ لُقْطَتَهُ إِلَّا مَنْ عَرَّفَهَا» ويلزم اللاقط الإقامة للتعريف أو دفعها إلى الحاكم، والسر في ذلك أن حرم مكة مثابة للناس يعودون إليه مرة بعد الأخرى، فربما يعود مالكها من أجلها أو يبعث في طلبها، فكأنه جعل ماله به محفوظاً عليه، كما غلظت الدية فيه، وخرج بحرم مكة المدينة الشريفة على ساكنها أفضل الصلاة والسلام فإنه ليس كحرم مكة بل هي كسائر البلاد كما اقتضاه كلام الجمهور وليست لقطة عرفة ومصلى إبراهيم كلقطة الحرم.

(فَصْلٌ) فِي اللَّقِيطِ

ويسمى: ملقوطاً، ومنبوذاً، وداعياً.

والأصل فيه مع ما يأتي قوله تعالى: ﴿وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الحج: ٧٧] وقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢].

[القَوْلُ فِي أَرْكَانِ الالْتِقَاطِ]

وأركان اللقيط الشرعي: لقط، ولقيط ولاقط.

ثم شرع في الركن الأول ـ وهو اللقط ـ بقوله: (وإذا وجد لقيط) أي ملقوط (بقارعة الطريق) أي طريق البلد وغيره (فأخذه وتربيته) وهي أمر الطفل بما يصلحه (وكفالته) والمراد بها هنا كما في الروضة: حفظه وتربيته (واجبة) أي

عَلَى الْكِفَايَةِ، وَلاَ يُقَرُّ إِلاَّ فِي يَدِ أَمِينٍ.

فرض (على الكفاية) لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً﴾ [المائدة: ٣٢] ولأنه آدمي محترم فوجب حفظه كالمضطر إلى طعام غيره، وفارق اللقطة حيث لا يجب لقطها بأن المغلب فيها الاكتساب، والنفس تميل إليه فاستغنى بذلك عن الوجوب كالنكاح والوطء فيه، ويجب الإشهاد على اللقيط وإن كان اللاقط ظاهر العدالة خوفاً من أن يسترقه، وفارق الإشهاد على لقط اللقطة بأن الغرض منها المال والإشهاد في التصرف المالي مستحب، ومن اللقيط حفظ حريته ونسبه فوجب الإشهاد كما في النكاح وبأن اللقطة يشيع أمرها بالتعريف ولا تعريف في اللقيط، ويجب إشهاد أيضاً على ما معه تبعاً ولئلا يتملكه، فلو ترك الإشهاد لم تثبت له ولاية الحفظ. وجاز نزعه منه، قاله في الوسيط، وإنما يجب الإشهاد فيما ذكر على لاقط بنفسه، أما من سلمه له الحاكم فالإشهاد مستحب، قاله الماوردي وغيره.

واللقيط ـ وهو الركن الثاني ـ صغير أو مجنون منبوذ لا كافل له معلوم ولو مميزاً لحاجته إلى التعهد.

ثم شرع في الركن الثالث ـ وهو اللاقط ـ بقوله (ولا يقر) بالبناء للمفعول أي لا يترك اللقيط (إلا في يد أمين) وهو الحر الرشيد العدل ولو مستوراً، فلو لقطه غيره ممن به رق ولو مكاتباً أو كفر أو صبا أو جنون أو فسق لم يصح فينزع اللقيط منه، لأن حق الحضانة ولاية وليس من أهلها، لكن لكافر لقط كافر لما بينهما من الموالاة، فإن أذن لرقيقه غير المكاتب في لقطه أو أقره عليه فهو اللاقط، ورقيقه نائب عنه في الأخذ والتربية إذ يده كيده، بخلاف المكاتب لاستقلاله، فلا يكون السيد هو اللاقط بل ولا هو أيضاً كما علم مما مر فإن قال له السيد «التقط لي» فالسيد هو اللاقط، والمبعض كالرقيق، ولو ازدحم أهلان للقط على لقيط قبل أخذه بأن قال كل منهما أنا آخذه عين الحاكم من يراه ولو من غيرهما، أو بعد أخذه قدم سابق لسبقه، وإن لقطاه معاً قدم غني على فقير، لأنه قد يواسيه ببعض ماله، وعدل باطناً على مستور احتياطاً، فإن استويا أقرع بينهما.

وللاقط نقله من بادية لقرية ومنها لبلد لأنه أرفق به، لا نقله من قرية لبادية أو من بلد

فَإِنْ وُجِدَ مَعَهُ مَالٌ أَنْفَقَ عَلَيْهِ الْحَاكِمُ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ فَنَفَقَتُهُ مِنْ بَيْتِ المَالِ فِي سَهْمِ الْمَصَالِحِ.

لقرية أو بادية لخشونة عيشهما وفوات العلم بالدين والصنعة فيهما، نعم لو نقله من بلد أو من قرية لبادية قريبة يسهل المراد منها جاز على النص وقول الجمهور، وله نقله من بادية وقرية وبلد لمثله.

فَصْـلٌ فِي الْمَال الْمَوْجُودِ مَعَ اللَّقِيطِ

(فإن وجد معه) أي اللقيط (مال) عام كوقف على اللقطاء أو الوصية لهم أو خاص كثياب ملفوفة عليه أو ملبوسة له أو مغطى بها أو تحته مفروشة ودنانير عليه أو تحته ولو منثورة ودار هو فيها وحده وحصته منها إن كان معه غيره، لأن له يداً واختصاصاً كالبالغ، والأصل الحرية. ما لم يعرف غيرها (أنفق عليه الحاكم) أو مأذونه منه وخرج بما ذكر المال المدفون ولو تحته لو كان فيه أو مع لقيط ورقة مكتوب فيها أنه له فلا يكون ملكاً له كالمكلف، نعم إن حكم بأن المكان له فهو له مع المكان ولا مال موضوع بقربه كالبعيد عنه، بخلاف الموضوع بقرب المكلف لأنه له رعاية (فإن لم يوجد) معه مال ولا عرف له مال أو كان ثم ما هو أهم منه يقترض عليه الحاكم، فإن عسر الاقتراض وجبت على موسرينا قرضاً بالقاف عليه إن كان حراً، وإلا فعلى سيده، وللاقط استقلال بحفظ ماله كحفظه وإنما يمونه منه بإذن الحاكم لأن ولاية المال لا تثبت لغير أب وجد من الأقارب فالأجنبي أولى، فإن لم يوجد الحاكم أنفق عليه بإشهاد، فإن أنفق بدون ذلك ضمن.

تتمة ـ اللقيط مسلم تبعاً للدار وما ألحق بها، وإن استلحقه كافر بلا بينة إن وجد بمحل ـ ولو بدار كفر ـ به مسلم يمكن كونه منه، ويحكم بإسلام غير لقيط صبي أو مجنون تبعاً لأحد أصوله ولو من قبل الأم، وتبعاً لسابيه المسلم إن لم يكن مع السبي أحد أصوله، لأنه صار تحت ولايته، فإن كفر بعد كماله بالبلوغ أو الإفاقة في التبعيتين الأخيرتين فمرتد، لسبق الحكم بإسلامه، بخلافه في التبعية الأولى وهي تبعية الدار وما يلحق بها فإنه كافر أصلي لا مرتد لبنائه على ظاهرها وهذا معنى قولهم «تبعية الدار ضعيفة، وهو حر وإن ادعى رقه لاقط أو غيره؛ إلا أن تقام برقة بينة متعرضة لسبب

فَصْـلٌ

الملك كإرث وشراء، أو يقربه بعد كماله ولم يكذبه المقر له ولم يسبق إقراره بعد كماله بحرية ولا يقبل إقراره بالرق في تصرف ماض مضر بغيره، فلو لزمه دين، فأقر برق وبيده مال قضى منه، ولا يجعل للمقر له بالرق إلا ما فضل عن الدين، فإن بقي من الدين شيء أتبع به بعد عتقه، أما التصرف الماضي المضر به فيقبل إقراره بالنسبة إليه، ولو كان اللقيط امرأة متزوجة ولو بمن لا يحل له نكاح الأمة وأقرب بالرق لم ينفسخ نكاحها وتسلم لزوجها ليلاً ونهاراً، ويسافر بها زوجها بغير إذن سيدها وولدها قبل إقرارها حر، وبعده رقيق.

(فَصْـلٌ) فِي الْوَدِيعَةِ[1]

تقال على الإيداع، وعلى العين المودعة. ومناسبة ذكرها بعد اللقيط ظاهرة والأصل فيها قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨] وخبر «أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ، وَلاَ تَخُنْ مَنْ خَانَكَ»[2] ولأن بالناس حاجة بل ضرورة إليها.

[القَوْلُ فِي أَرْكَانِ الْوَدِيعَةِ]

وأركانها بمعنى الإيداع أربعة: وديعة بمعنى العين المودعة، وصيغة، ومودع، ووديع.

وشرط في المودع والوديع ما مر في موكل ووكيل، لأن الإيداع استنابة في الحفظ فلو أودعه نحو صبي كمجنون ضمن ما أخذه منه وإن أودع شخص نحو صبي إنما يضمن بإتلافه[3].

---

(١) وذكرها عقب اللقطة وما بعدها لمشاركتها لهما في أن فيه معاونة على البرّ والتقوى وذكرها في المنهج عقب الإيصاء لأن المودع حمل الوديع الوديعة من جهة حفظها وتعهدها وإن كان في حال حياته ولأنها من جملة ما يوصى به ندباً ولأن مال الميت بلا وارث يصير كالوديعة في بيت المال للمسلمين.

(٢) أخرجه الدارمي ٢/ ٢٦٤ وأبو داود ٣/ ٨٠٥ (٣٥٣٥) والترمذي ٣/ ٥٦٤ (١٢٦٤) وقال: حسن غريب والحاكم في المستدرك ٢/ ٤٦.

(٣) لأنه لم يسلطه على إتلافه وخرج التلف فلا يضمن به لأنه لم يلتزم حفظه لإلغاء التزامه. وتلخص =

وَالْوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ، وَيُسْتَحَبُّ قَبُولُهَا لِمَنْ قَامَ بِالأَمَانَةِ فِيهَا،

وشرط في الصيغة ما مر في الوكالة، فيشترط اللفظ من جانب المودع، وعدم الرد من جانب الوديع، نعم لو قال الوديع «أودعنيه» مثلاً فدفعه له ساكتاً فيشبه أن يكفي ذلك كالعارية، وعليه فالشرط اللفظ من أحدهما، نبه عليه الزركشي والإيجاب إما صريح كأودعتك هذا أو استحفظتكه أو كناية مع النية كخذه.

(والوديعة أمانة) أصالة في يد الوديع (يستحب) له (قبولها) أي أخذها (لمن قام بالأمانة فيها) بأن قدر على حفظها ووثق بأمانة نفسه فيها، وهذا إن لم يتعين عليه أخذها، لخبر مسلم «واللَّهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا دَامَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ» فإن تعين ـ بأن لم يكن ثم غيره ـ وجب عليه أخذها، لكن لا يجبر على إتلاف منفعته ومنفعة حرزه مجاناً، فإن عجز عن حفظها حرم عليه قبولها، لأنه يعرضها للتلف، قال ابن الرفعة. ومحله إذا لم يعلم المالك بحاله، وإلا فلا تحريم، وهذا هو المعتمد، وإن خالف في ذلك الزركشي[1]، وإن قدر على الحفظ وهو في الحال أمين ولكن لم يثق بأمانته بل خاف الخيانة من نفسه في المستقبل كره قبولها خشية الخيانة فيها، هذا هو المعتمد كما في المنهاج، قال ابن الرفعة: ويظهر أن هذا إذا لم يعلم المالك الحال، ولا كراهة كما علم مما مر.

= أن الصور أربع لأن المودع إما ناقص أو كامل والمودع كذلك. والحاصل أنه إما أن يودع كامل كاملاً فهي الوديعة الشرعية فلا يضمن إلا بالتفريط أو يودع ناقص ناقصاً فيضمن بالتلف كالإتلاف أو يودع كامل ناقصاً فلا يضمن إلا بالإتلاف لا بالتلف أو عكسه فيضمن بالتلف كالإتلاف،فهو كما لو أودع ناقص ناقصاً لكن في صورة العكس المذكورة إنما يضمن بالتلف إن لم يأخذها حسبة أي احتساباً وطلباً للأجر أو خوفاً عليها فلا يضمن بوضع يده عليها في هذه الحالة لكن يجب عليه أن يدفعها إلى وليّ أمر الناقص. وقوله إنما يضمن بإتلافه الصواب فإنما بالفاء وإسقاطها سرى له من قول المنهج وفي عكس ذلك إنما يضمن الخ. والحاصل أن كلاًّ من المودع والوديع إما كامل أو صبي أو مجنون أو محجور عليه بسفه أو مغمى عليه أو مكره أو عبد والحاصل من ضرب سبعة في سبعة تسعة وأربعون وعلى كل إما أن تتلف الوديعة بنفسها أو يتلفها المودع أو الوديع والحاصل من ضرب ثلاثة في تسعة وأربعين مائة وسبعة وأربعون.

(١) حيث قال الوجه تحريمه عليهما أما على المالك فلإضاعته ماله وأما على المودع فلإعانته على ذلك وعلم المالك بعجزه لا يبيح له القبول.

وَلاَ يضْمَنُ إلَّا بِالتَّعَدِّي،

تنبيه ـ أحكام الوديعة ثلاثة ـ الحكم الأول: الأمانة، والحكم الثاني: الرد، والحكم الثالث: الجواز، وقد أشار إلى الأول بقوله «والوديعة أمانة» وقد تصير مضمونة بعوارض غالبها يؤخذ من قول المصنف (ولا يضمن إلا بالتعدي) في تلفها: كأن ينقلها من محله أو دار لأخرى دونها حرزاً، وإن لم ينهه المودع عن نقلها، لأنه عرضها للتلف، نعم إن نقلها يظن أنها ملكه ولم ينتفع بها لم يضمن، وكأن يودعها غيره ولو قاضياً بلا إذن من المودع ولا عذر له، لأن المودع لم يرضَ بذلك، بخلاف ما لو أودعها غيره لعذر كمرض وسفر، استعانة بمن يحملها لحرز أو يعلفها أو يسقيها، لأن العادة جرت بذلك، وعليه لعذر كإرادة سفر ومرض ردها لمالكها أو وكيله، فإن فقدهما ردها للقاضي، وعليه أخذها، فإن فقده ردها لأمين، ولا يكلف تأخير السفر، ويغني عن الرد إلى القاضي أو الأمين الوصية بها إليه، فهو مخير عند فقد المالك ووكيله بين ردها للقاضي والوصية بها إليه وعند فقد القاضي يخير بين ردها للأمين والوصية بها إليه، والمراد بالوصية بها الإعلام بها والأمر بردها مع وصفها بما تتميز به أو الإشارة لعينها، ومع ذلك يجب الإشهاد كما في الرافعي عن الغزالي، فإن لم يردها ولم يوص بها لمن ذكر كما ذكر ضمن إن تمكن من ردها أو الإيصاء بها لأنه عرضها للفوات، وكأن يدفنها بموضع ويسافر ولم يعلم بها أميناً يرقبها فإنه عرضها للضياع، بخلاف ما إذا أعلم بها من ذكر لأن إعلامه بها بمنزلة إيداعه فشرطه فقد القاضي، وكأن لا يدفع متلفاتها كترك تهوية ثياب صوف أو ترك لبسها عند حاجتها لذلك وقد علمها؛ لأن الدود يفسدها، وكل من الهواء وعبوق[1] رائحة الآدمي بها يدفعه[2]، أو ترك علف دابة بسكون اللام لأنه واجب عليه لأنه من الحفظ لا إن نهاه

---

(١) يقال عبق بمعنى فاح.

(٢) أي الدود.

فرع: لو أودع شخص عند آخر براً أو فولاً فدخله السوس ولم يمكنه أن يرده لصاحبه وجب عليه بيعه بإذن حاكم فإن لم يجده تولى بيعه وأشهد ومتى ترك الوديع شيئاً مما لزمه الجهل وجوبه عليه وعذر لنحو بعده عن العلماء ففي تضمينه وقفة ولكنه مقتضى إطلاقهم اهـ م ر.

فرع: قال الأذرعي عن بعض الأصحاب لو رأى أمين كوديع وراع مأكولاً تحت يده وقع في مهلكة =

وَقَوْلُ الْمُودَعِ مَقْبُولٌ فِي رَدِّهَا عَلَى الْمُودِعِ،

عن التهوية واللبس والعلف فلا يضمن لكنه يعصي في مسألة الدابة لحرمة الروح، فإن أعطاها المالك علفاً. علفها منه، وإلا راجعه أو وكيله ليعلفها أو يستردها؛ فإن فقدهما راجع القاضي ليقترض على المالك أو يؤجرها أو يبيع جزءاً منها في علفها بحسب ما يراه كأن تلفت بمخالفة حفظ مأمور به كقوله «لا ترقد على الصندوق الذي فيه الوديعة» فرقد وانكسر بقفله وتلف ما فيه بانكساره، لا إن تلف بغيره كسرقة فلا يضمن، ولا إن نهاه عن قفلين فأقفلهما، لأن رقاده وقفله ذلك زيادة في الحفظ.

ثم شرع في الحكم الثاني ـ وهو الرد ـ بقوله (وقول المودع) بفتح الدال (مقبول في ردها على المودع) بكسرها ـ بيمينه، وإن أشهد عليه بها عند دفعها لأنه ائتمنه.

تنبيه ـ ما قاله المصنف يجري في كل أمين كوكيل وشريك وعامل قراض وجاب في رد ما جباه على الذي استأجره للجباية كما قال ابن الصلاح وضابط الذي يصدق بيمينه في الرد هو «كل أمين ادعى الرد على من ائتمنه صدق بيمينه، إلا المرتهن والمستأجر» فإنهما لا يصدقان في الرد، لأنهما أخذا العين لغرض أنفسهما، فإن ادعى الرد على غير من ائتمنه كوارث المالك، أو ادعى وارث المودع ـ بفتح الدال ـ رد الوديعة على المالك أو أودع عند سفره أميناً فادعى الأمين الرد على المالك طولب كل ممن ذكر ببينة بالرد على من ذكر؛ إذ الأصل عدم الرد ولم يأتمنه.

= فذبحه جاز وإن تركه حتى مات لم يضمنه ثم قال وفي عدم الضمان إذا أمكنه ذلك بلا كلفة نظر واستشهد غيره للضمان بقول الأنوار وتبعه الغزي لو أودعه برًا أي مثلاً فوقع فيه السوس لزمه الدفع عنه فإن تعذر باعه بإذن الحاكم فإن لم يجده تولى بيعه وأشهد. والذي يتجه أنه إن كان ثم من يشهده على سبب الذبح فتركه ضمن وإلا فلا لعذره لأن الظاهر أن قوله ذبحتها لذلك لا يقبل ثم رأيته مصرحاً به فيما يأتي. ويفرق بينه وبين قبول قوله في نحو لبستها لدفع الدود فإن الظاهر قبوله ثم رأيت ما يأتي في مسألة الخاتم وهو صريح فيه بأن ما هنا فيه إذهاب لعينها المقصودة بالكلية فاحتيط له أكثر ويؤيد ما مرّ في تعييب الوصي للمال خشية ظالم ويظهر أيضاً أنه لا يقبل قوله بعد ذبحها لم أجد شهوداً على سببه. وكذا بعد البيع لنحو السوس احتياطاً لإتلاف مال الغير نعم إن قامت قرينة ظاهرة على ما قاله احتمل صدقه.

وَعَلَيْهِ أَنْ يَحْفَظَهَا فِي حِرْزِ مِثْلِهَا، وَإِذَا طُولِبَ بِهَا فَلَمْ يُخْرِجْهَا مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهَا حَتَّى تَلِفَتْ ضَمِنَهَا.

[الْقَوْلُ فِي مَا يَجِبُ عَلَى الْوَدِيعِ]

(وعليه) أي الوديع (أن يحفظها) أي الوديعة لمالكها أو وارثه (في حرز مثلها) فإن أخر إحرازها مع التمكن، أو دل عليها سارقاً بأن عين له مكانها وضاعت بالسرقة، أو دل عليها من يصادر المالك بأن عين له موضعها فضاعت بذلك ـ ضمنها، لمنافاة ذلك للحفظ، بخلاف ما إذا أعلم بها غيره، فلو أكره الوديع ظالم على تسليم الوديعة، حتى سلمها إليه، فللمالك تضمين الوديع لتسليمه ثم يرجع على الظالم لاستيلائه عليها ويجب على الوديع إنكار الوديعة من الظالم، والامتناع من إعلامه بها جهده، فإن ترك مع القدرة عليه ضمن، وله أن يحلف على ذلك لمصلحة حفظها، قال الأذرعي: ويتجه وجوب الحلف إذا كانت الوديعة رقيقاً والظالم يريد قتله أو الفجور به، ويجب أن يوري في يمينه إذا حلف وأمكنه التورية، وكان يعرفها، لئلا يحلف كاذباً. فإن لم يورِ كفر عن يمينه لأنه كاذب فيها، فإن حلف بالطلاق أو العتق مكرهاً عليه أو على اعترافه فحلف حنث، لأنه فدى الوديعة بزوجته أو رقيقه وإن اعترف بها وسلمها ضمنها لأنه فدى زوجته أو رقيقه بها، ولو أعلم اللصوص بمكانها فضاعت بذلك ضمن لمنافاة ذلك للحفظ، لا إن أعلمهم بأنها عنده من غير تعيين مكانها فلا يضمن بذلك.

[الْقَوْلُ فِي ضَمَانِ الْوَدِيعَةِ]

(وإذا طولب) أي طالب المالك أو وارثه الوديع أو وارثه (بها) أي بردها (فلم يخرجها) أي لم يردها عليه (مع القدرة عليها) وقت طلبها (حتى تلفت ضمنها) ببدلها من مثل إن كانت مثلية، أو قيمة إن كانت متقومة، لتركه الواجب عليه، فإن الله تعالى قال: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨] وليس المراد برد الوديعة حملها إلى مالكها، بل يحصل بأن يخلى بينه وبينها فقط، وليس له أن يلزم المالك الإشهاد، وإن كان أشهد عليه عند الدفع، فإنه يصدق في الدفع بيمينه، بخلاف ما لو طلبها وكيل المودع، لأنه لا يقبل قوله في دفعها إليه، ولو قال من عنده وديعة لمالكها «خذ وديعتك» لزمه أخذها كما في البيان، وعلى المالك مؤونة الرد، وخرج

. . . .

بقوله «مع القدرة عليها» ما إذا لم يقدر على ذلك لعذر. كأن كان في جنح ليل والوديعة في خزانة لا يتأتى فتح بابها في ذلك الوقت، أو كان مشغولاً بصلاة أو قضاء حاجة أو في حمام أو بأكل طعام فلا ضمان عليه لعدم تقصيره.

الحكم الثالث: الجواز: فللمودع الاسترداد، وللوديع الرد في كل وقت: أما المودع فلأنه المالك، وأما الوديع فلأنه متبرع بالحفظ، قال ابن النقيب: وينبغي أن يقيد جواز الرد للوديع بحالة لا يلزمه فيها القبول، وإلا حرم الرد، فإن كان بحالة يندب فيها القبول فالرد خلاف الأولى إن لم يرض به المالك.

وتنفسخ بما تنفسخ به الوكالة: من موت أحدهما، أو جنونه، أو إغمائه أو نحو ذلك مما مر فيها.

[القَوْلُ فِي ادِّعَاءِ الْوَدِيعِ تَلَفَ الْوَدِيعَةِ]

خاتمة ـ لو ادعى الوديع تلف الوديعة ولم يذكر له سبباً، أو ذكر له سبباً خفياً كسرقة. صدق في ذلك بيمينه؛ قال ابن المنذر: بالإجماع ولا يلزمه بيان السبب في الأولى، نعم يلزمه أن يحلف له أنها تلفت بغير تفريط وإن ذكر سبباً ظاهراً كحريق: فإن عرف الحريق وعمومه ولم يحتمل سلامة الوديعة كما قاله ابن المقري صدق بلا يمين، لأن ظاهر الحال يغنيه عن اليمين أما إذا احتمل سلامتها ـ بأن عم ظاهراً لا يقيناً ـ فيحلف، لاحتمال سلامتها فإن عرف الحريق دون عمومه صدق بيمينه لاحتمال ما ادعاه، وإن جهل ما ادعاه من الظاهر طولب ببينة عليه، ثم يحلف على التلف لاحتمال أنها لم تتلف به ولا يكلف البينة على التلف به لأنه مما يخفى، ولو أودعه ورقة مكتوباً فيها الحق المقر به كمائة دينار وتلفت بتقصيره ضمن قيمتها مكتوبة وأجرة الكتابة، كما قاله الشيخان، بخلاف ما لو أتلف ثوباً مطرزاً فإنه يلزمه قيمته، ولا يلزمه أجرة التطريز، لأن التطريز يزيد قيمة الثوب غالباً، ولا كذلك الكتابة، فإنها قد تنقصها. والله تعالى أعلم[1].

---

(١) ثبت في د.

تم الجزء الأول المبارك ببركة الله وعونه وحسن توفيقه، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً وغفر الله، لمن قرأ فيه، ودعا لمؤلفه، ولكاتبه، بالمغفرة والرحمة، آمين.

بسم اللّه الرحمٰن الرحيم

كِتَابِ الفَرَائِضِ وَالْوَصَايَا

(كِتابُ) بيَانِ أحْكَامِ (الفَرَائِضِ والْوَصَايَا)[1]

الفرائض: جمع فريضة بمعنى مفروضة، أي مقدرة، لما فيها من السهام المقدرة، فغلبت على غيرها.

والفرض لغة: التقدير: قال الله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] أي قدرتم، وشرعاً: نصيب مقدر شرعاً لوارث.

والأصل فيها قبل الإجماع آيات المواريث، والأخبار، كخبر الصحيحين «أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِها فَمَا بَقِيَ فِلأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ»[2].

فإن قيل: فما فائدة ذِكْرِ «ذَكَرٍ» بعد رجل؟.

أجيب: بأنه للتأكيد، لئلا يتوهم أنه مقابل الصبي، بل المراد أنه مقابل الأنثى.

فإن قيل: لو اقتصر على ذكر ذكر كفتى، فما فائدة ذكر رجل معه؟.

أجيب: بأن لا يتوهم أنه عام مخصوص.

[القَوْلُ فِي مِيرَاثِ الجاهِلِيَّةِ]

وكان في الجاهلية مواريث: يورثون الرجال دون النساء، والكبار دون الصغار، وكان في ابتداء الإسلام بالحلف والنصر، ثم نسخ، فتوارثوا بالإسلام والهجرة. ثم

---

(١) أخره عن العبادات والمعاملات لاضطرار الإنسان إليهما أو إلى أحدهما من حين ولادته دائماً أو غالباً إلى موته ولأنهما متعلقان بإدامة الحياة السابقة على الموت ولأنه نصف العلم فناسب ذكره في نصف الكتاب.

(٢) أخرجه البخاري ١٢/١١ (٦٧٣٢) ومسلم ٣/١٢٣٣ (٢ ـ ١٦١٥).

. . . .

نسخ فكانت الوصية واجبة للوالدين والأقربين، ثم نسخ بآيتي المواريث، فلما نزلتا قال ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، أَلَا لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»[٣].

[القَوْلُ فِي الْحَثِّ عَلَى تَعَلُّمِ الْفَرَائِضِ]

واشتهرت الأخبار بالحث على تعليمها وتعلمها، منها: «تَعَلَّمُوا الْفَرَائِضَ وَعَلِّمُوهُ (أي علم الفرائض)، النَّاسَ، فَإِنِّي امْرُؤٌ مَقْبُوضٌ، وَإِنَّ هَذَا الْعِلْمَ سَيُقْبَضُ وَتَظْهَرُ الْفِتَنُ، حَتَّى يَخْتَلِفَ اثْنَانِ فِي الْفَرِيضَةِ فَلَا يَجِدَانِ مَنْ يَقْضِي فِيهَا» ومنها: «تَعَلَّمُوا الْفَرَائِضَ فَإِنَّهُ مِنْ دِينِكُمْ، وَإِنَّهُ نِصْفُ الْعِلْمِ. وَإِنَّهُ أَوَّلُ عِلْمٍ يُنْزَعُ مِنْ أُمَّتِي»[٢] وإنما سمي نصف العلم لأن للإنسان حالتين: حالة حياة، وحالة موت، ولكل منهما أحكام تخصه، وقيل: النصف بمعنى، الصنف قال الشاعر:

إِذَا مِتُّ كَانَ النَّاسُ نِصْفَانِ شَامِتٌ وَآخَرُ مُثْنٍ بِالَّذِي كُنْتُ أَصْنَعُ

واعلم أن الإرث يتوقف على ثلاثة أمور: وجود أسبابه، ووجود شروطه. وانتفاء موانعه.

[القَوْلُ فِي أَسْبَابِ الإِرْثِ]

فأما الأسباب فأربعة: قرابة ونكاح. وولاء. وجهة الإسلام وشروطه أيضاً أربعة تحقق موت المورث أو إلحاقه بالموتى حكماً كما في حكم القاضي بموت المفقود اجتهاداً أو تحققت حياة الوارث بعد موت مورثه ولو بلحظة ومعرفة إدلائه للميت بقرابة أو نكاح أو ولاء، والجهة المقتضية للإرث تفصيلاً.

---

(١) أخرجه أبو داود الطيالسي في المسند ص ١٥٤ (١١٢٧) وعبدالرزاق ٤٨/٩ (١٦٣٠٦) وأحمد في المسند ٢٦٧/٥ وأبو داود ٢٩٠/٣ (٢٨٧٠) والترمذي ٤٣٢/٤ (٢١٢٠) وابن ماجة ٩٠٥/٢ (٢٧١٣) والطبراني في الكبير ١٥٩/٨ والبيهقي في السنن ٢٦٤/٦.

(٢) أخرجه الترمذي ٤١٣/٤ (٢٠٩١) والبيهقي ٢٠٨/٦ والحاكم ٣٣٢/٤ والدارمي ٧٣/١.

(٣) أخرجه ابن ماجة (٢٧١٩) والخطيب في التاريخ ٩٠/١٢.

وَالْوَارِثُونَ مِنَ الرِّجَالِ عَشَرَةٌ: الابْنُ وَابْنُ الابْنِ وَإِنْ سَفَلَ، وَالأَبُ وَالْجَدُّ وَإِنْ عَلاَ، وَالأَخُ وَابْنُ الأَخِ وَإِنْ تَرَاخَيَا، وَالْعَمُّ وَابْنُ العَمِّ وَإِنْ تَبَاعَدَا. وَالزَّوْجُ وَالْمَوْلَى المُعْتِقُ،

[القَـوْلُ فِي مَوَانِعِ الإِرْثِ]

والموانع أيضاً أربعة كما قاله ابن الهائم في شرح كفايته: الرق، والقتل، واختلاف الدين، والدور الحكمي، وهو أن يلزم من توريث شخص عدم توريثه كأخ أقر بابن للميت فيثبت نسب الابن ولا يرث.

[القَوْلُ فِي: الْوَارِثُونَ مِنَ الرِّجَالِ]

(والوارثون من) جنس (الرجال) ليدخل فيه الصغير (عشرة) بطرق الاختصار منهم اثنان من أسفل النسب، وهما (الابن وابن[١] الابن وإن سفل) بفتح الفاء على الأفصح: أي نزل، واثنان من أعلاه (و) هما (الأب، والجد) أبو الأب (وإن علا) وأربعة من الحواشي (و) هم (الأخ) لأبوين أو من أحدهما (وابنه) أي ابن الأخ للأبوين أو لأب فقط، ليخرج ابن الأخ للأم فلا يرث لأنه من ذوي الأرحام (وإن تراخيا)[٢] أي وإن سفل الأخ المذكور وابنه (والعم) لأبوين أو لأب فقط ليخرج العم للأم[٣] فلا يرث، لأنه من ذوي الأرحام (وابنه) أي العم المذكور (وإن تباعدا) أي العم المذكور وابنه، والمعنى أنه لا فرق في العم بين القريب كعم الميت والبعيد كعم أبيه وعم جده إلى حيث ينتهي وكذلك ابنه. واثنان بغير النسب (و) هما (الزوج) ولو في عدة رجعية (والمولى) ويطلق على نحو عشرين[٤] معنى المراد منها هنا السيد (المعتق)

---

(١) قدم الفروع على الأصول لقوّتهم في الإرث لأنهم لا يكونون إلا عصبة بخلاف الأصول وقدّم عند البسط الأصول لتقدّم وجودهم على الفروع وكذا يقال في تقدّم الفروع على الأصول في النساء في طريق الاختصار وعكس ذلك عند البسط.

(٢) فيه أن الأخ لا تراخي فيه. وأجيب بأن التراخي فيه بحسب القوّة والضعف كالأخ الشقيق والأخ للأب أو للأم.

(٣) هو أخ الأب لأمه.

(٤) وقد نظمها بعضهم فقال:

رب ومـــالـــك وسيـــد أتـــى ... ومنعـــم والمعتـــق اعلـــم يـــا فتـــى =

وَالْوَارِثَاتُ مِنَ النِّسَاءِ سَبْعٌ: البِنْتُ وَبِنْتُ الِابْنِ وَالأُمُّ وَالْجَدَّةُ والأُخْتُ وَالزَّوْجَةُ وَالْمَوْلَاةُ المُعْتِقَةُ.

بكسر التاء والمراد به من صدر منه الإعتاق، أو ورث به، فلا يرد على الحصر في العشرة عصبة المعتق ومعتق المعتق.

وطريق البسط هنا يقال: الوارثون من الذكور خمسة عشر: الأب، وأبوه وإن علا، والابن: وابنه وإن سفل، والأخ الشقيق، والأخ للأب، والأخ للأم، وابن الأخ الشقيق، وابن الأخ للأب، والعم لأبوين، والعم لأب وابن العم لأبوين وابن العم لأب، والزوج، والمعتق.

[القَوْلُ فِي الوَارِثَاتِ مِنَ النِّسَاءِ]

(الوارثات من) جنس (النساء) ليدخل فيهن الصغير (سبع) بتقديم السين على الموحدة بطريق الاختصار، منهن اثنتان من أسفل النسب، وهما (البنت، وبنت الابن) وفي بعض النسخ «وإن سفلت وهو في بعض نسخ المحرر أيضاً، وصوابه وإن سفل» بحذف المثناة إذ الفاعل ضمير يعود على المضاف إليه، أي وإن سفل الابن، فإن بنته ترث، وإثبات المثناة يؤدي إلى دخول بنت بنت الابن في الإرث، وهو خطأ فتأمله، وثنتان من أعلى النسب (و) هما (الأم، والجدة) المدلية بوارث كأم الأب وأم الأم «وإن علت» فخرج بالمدلية بوارث أم أبي الأم فلا ترث (و) واحدة من الحواشي، وهي (الأخت) لأبوين أو من أحدهما (و) وثنتان بغير نسب، وهما (الزوجة) ولو في عدة رجعية (و) السيدة (المعتقة) بكسر التاء المثناة، وهي من صدر منها العتق أو ورثت به كما مر.

تنبيه ـ الأفصح أن يقال في المرأة «زوج» والزوجة لغة مرجوحة قال النووي:

= وناصر مع المحب تابع والجار وابن العم والحليف ع
عبد ومنعم عليه صهر وعاصب مع العتيق فادر
وقائم بالأمر والنديم كذا الشريك ناظر اليتيم
فهذه عشرون معنى قد أتت لكلمة المولى بها النقل ثبت

. . . .

واستعمالها في باب الفرائض متعين، ليحصل الفرق بين الزوجين اهـ. والشافعي رضي الله تعالى عنه يستعمل في عبارته المرأة وهو حسن.

وطريق البسط هنا أن يقال: والوارثات من النساء عشرة: الأم، والجدة للأب، والجدة للأم، وإن علتا، والبنت، وبنت الابن وإن سفل، والأخت الشقيقة، والأخت للأب، والأخت للأم، والزوجة، والمعتقة.

[القَوْلُ فِي اجْتِمَاعِ الذُّكُورِ]

فلو اجتمع كل الذكور فقط ـ ولا يكون إلا والميت أنثى ـ ورث منهم ثلاثة: الأب والابن، والزوج فقط لأنهم لا يحجبون، ومن بقي محجوب بالإجماع، فابن الابن بالابن والجد بالأب، وتصح مسألتهم من اثني عشر، لأن فيها ربعاً وسدساً، وللزوج الربع، والأب السدس وللابن الباقي.

[القَوْلُ فِي اجْتِمَاعِ الإنَـاثِ]

أو اجتمع كل الإناث فقط ـ ولا يكون إلا والميت ذكر ـ فالوارثات منهن خمس، وهن: البنت، وبنت الابن، والأم، والأخت لأبوين، والزوجة والباقي من الإناث محجوب: الجدة بالأم والأخت للأم بالبنت، وكل من الأخت للأب والمعتقة بالشقيقة لكونها مع البنت وبنت الابن عصبة تأخذ الفاضل عن الفروض، وتصح مسألتهن من أربعة وعشرين، لأن فيها سدساً وثمناً، للأم السدس وللزوجة الثمن، وللبنت النصف، ولبنت الابن السدس وللأخت الباقي وهو سهم.

[القَوْلُ فِي اجْتِمَاعِ الْمُمْكِنِ مِنَ الصِّنْفَيْنِ]

أو اجتمع الذين يمكن اجتماعهم من الصنفين: الذكور والإناث، بأن اجتمع كل الذكور وكل الإناث إلا الزوجة فإنها الميتة، أو كل الإناث والذكور إلا الزوج فإنه الميت، ورث منهم في المسألتين الابن والأبوان والبنت، وأحد الزوجين، وهو الزوج حيث الميتة الزوجة، وهي حيث الميت الزوج: لحجبهم من عداهم فالأولى من اثني عشر للأبوين السدسان: أربعة، وللزوج الربع: ثلاثة، والباقي وهو خمسة بين الابن

. . . .

والبنت أثلاثاً، ولا ثلث له صحيح فتضرب للزوجة الثمن، وللأبوين، السدسان، والباقي وهو ثلاثة عشر بين الابن والبنت أثلاثاً، ولا ثلث له صحيح فتضرب ثلاثة في أربعة وعشرين تبلغ اثنين وسبعين، ومنها تصح.

ضابط ـ كل من انفرد من الذكور حاز جميع التركة إلا الزوج والأخ للأم، ومن قال بالرد لا يستثنى إلا الزوج، وكل من انفرد من الإناث لا يحوز جميع المال إلا المعتقة ومن قال بالرد لا يستثنى من حوز جميع المال إلا الزوجة.

[القَوْلُ فِي مِيرَاثِ ذَوِي الأَرْحَامِ]

تنبيه ـ قد علمُ من كلام المصنف كغيره أن ذوي الأرحام لا يرثون، وهم كل قريب ليس بذي فرض ولا عصبة، وهم أحد عشر صنفاً: جد وجدة ساقطان كأبي أم وأم أبي أم وإن علتا، وهذان صنف واحد، وأولاد بنات لصلب أو لابن من ذكور وإناث، وبنات إخوة لأبوين أو لأب، أو لأم، وأولاد أخوات كذلك، وبنو إخوة لأم، وعم لأم أي أخو الأب لأمه، وبنات أعمام لأبوين أو لأب أو لأم، وعمات بالرفع، وأخوال وخالات، ومدلون بهم: أي بما عدا الأول إذا لم يبق في الأول من يدلي به، ومحل هذا إذا استقام أمر بيت المال فإن لم يستقم أمر بيت المال ولم يكن عصبة ولا ذو فرض مستغرق ـ ورث ذوو الأرحام كما صححه في الزوائد.

وفي كيفية توريثهم مذهبان: أحدهما ـ هو الأصح ـ مذهب أهل التنزيل، وهو أن ينزل كل منهم منزلة من يدلي به، والثاني مذهب أهل القرابة، وهو تقديم الأقرب منهم إلى الميت: ففي بنت بنت وبنت بنت ابن ـ المال على الأول بينهما أرباعاً؛ وعلى الثاني لبنت البنت لقربها إلى الميت، وقد بسطت الكلام على ذلك في غير هذا الكتاب.

هذا كله إذا وجد أحد من ذوي الأرحام، وإلا فحكمه كما قاله الشيخ عز الدين بن عبدالسلام أنه إذا جارت الملوك في مال المصالح فظفر به أحد يعرف المصارف أخذه وصرفه فيها كما يصرفه الإمام العادل، وهو مأجور على ذلك، قال: والظاهر وجوبه.

وَمَنْ لاَ يَسْقُطُ بِحَالٍ خَمْسَةٌ: الزَّوْجَانِ وَالأَبَوَانِ وَوَلَد الصُّلْبِ، وَمَنْ لاَ يَرِثُ بِحَالٍ سَبْعَةٌ الْعَبْدُ وَالْمُدَبَّرُ وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُكَاتَبُ.

[القَوْلُ فِي الْحَجْبِ بِالشَّخْصِ]

ثم شرع فيمن يحجب ومن لا يحجب بقوله: (ومن) أي والذي (لا يسقط بحال) أي الذي لا يحجب حجب حرمان[1]، والحجب في اللغة. هو المنع، وشرعاً: منع من قام به سبب الإرث من الإرث بالكلية، أو من أوفر حظيه، ويسمى الأول حجب حرمان، والثاني حجب نقصان، فالثاني كحجب الولد الزوج من النصف إلى الربع، ويمكن دخوله على جميع الورثة، والأول قسمان: حجب بالوصف ويسمى منعاً، كالقتل والرق وسيأتي، ويمكن دخوله على جميع الورثة أيضاً، وحجب بالشخص أو الاستغراق، وهو المراد هنا كما يؤخذ من قول المصنف «ومن لا يسقط بحال» (خمسة) وهم: (الزوجان، والأبوان، وولد الصلب) ذكراً كان أو أنثى، وهذا إجماع، لأن كلاًّ منهم يدلي إلى الميت بنفسه بنسب أو نكاح، وليس فرعاً لغيره، والأصل مقدم على الفرع، فخرج بقولنا: «وليس فرعاً لغيره» المعتق ذكراً كان أو أنثى، فإنه وإن أدلى إلى الميت بنفسه يحجب لأنه فرع لغيره وهو النسب، وهذا أولى من قول بعضهم: وضابط من لا يدخل. عليه الحجب بالشخص حجب حرمان كل من أدلى إلى الميت بنفسه إلا المعتق والمعتقة.

[القَوْلُ فِي الْحَجْبِ بِالْوَصْفِ]

ثم شرع في الحجب بالوصف بقوله (ومن) أي والذي (لا يرث بحال) أي مطلباً (سبعة) بل أكثر كما ستعرفه:

الأول ـ (العبد) قال ابن حزم. وهو يشمل الذكر والأنثى، وقال في المحكم العبد وهو المملوك ذكراً كان أو أنثى.

(و) **الثاني** ـ الرقيق (المدبر)، والثالث (أم الولد)، و الرابع، الرقيق (المكاتب)،

---

(١) وهو بالوصف يدخل على جميع الورثة وبالشخص على بعضهم وهو الخمسة المذكورة في كلام المصنف.

وَالْقَاتِلُ وَالْمُرْتَدُّ

لنقصهم بالرق، وكان الأخصر للمصنف أن يقول أربعة بذل سبعة ويعبر عن هؤلاء بالرق إلى آخر كلامه.

تنبيه ـ إطلاقه مشعر بأنه لا فرق بين كامل الرق وغيره، وهو كذلك، إذ الصحيح أن المبعض لا يرث بقدر ما فيه من الحرية، لأنه ناقص بالرق في النكاح والطلاق والولاية، فلم يرث كالقن، ولا يورث الرقيق كله، وأما المبعض فيورث عنه ما ملكه ببعضه الحر، لأنه تام الملك عليه، فيرثه عنه قريبه الحر أو معتق بعضه وزوجته، ولا شيء لسيده لاستيفائه حقه مما اكتسبه بالرقبة.

واستثني من قول الرقيق لا يورث ـ كافر له أمان وجبت له جناية حال حريته وأمانه ثم نقض الأمان فسبي واسترق وحصل الموت بالسراية في حال رقه، فإن قدر الأرش من قيمته لورثته على الأصح، قال الزركشي وليس لنا رقيق كله يورث إلا هذا.

(و) **الخامس** ـ (القاتل) فلا يرث القاتل من مقتوله مطلقاً، لخبر الترمذي وغيره: «لَيْسَ لِلْقَاتِلِ شَيْءٌ»[1] أي من الميراث، ولأنه لو ورث لم يؤمن إذ يستعجل الإرث بالقتل فاقتضت المصلحة حرمانه، ولأن القتل قطع الموالاة وهي سبب الإرث، وسواء أكان القتل عمداً أم غيره. مضموناً أم لا، بمباشرة أو لا قصد مصلحته كضرب الأب أو الزوج؛ أو المعلم، أم لا، مكرهاً أم لا. فكل ذلك تناوله إطلاقه.

(و) **السادس** ـ (المرتد) ونحوه كيهودي تنصر، فلا يرث أحداً، إذ ليس بينه وبين أحد موالاة في الدين، لأنه ترك ديناً كان يقر عليه، ولا يقر على دينه الذي انتقل إليه، وظاهر كلامهم أنه لا يرث ولو عاد بعده إلى الإسلام بعد موت مورثه، وهو كذلك. كما حكى الإجماع عليه الأستاذ أبو منصور البغدادي، وما وقع لابن الرفعة في المطلب من تقييده بما إذا مات مرتداً وأنه إذا أسلم تبين إرثه ـ وغلطه في ذلك صاحبه السبكي في الابتهاج، وقال: إنه فيه خارق للإجماع.

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ ٢/٨٦٧ والشافعي في الرسالة ص (١٧١) فقرة (٤٧٦) وأحمد في المسند ١/٤٩ ـ ٣٤٧ والبيهقي في السنن ٦/٢١٩.

وَأَهْلُ مِلَّتَيْنِ.

تنبيه ـ تناول إطلاق المصنف المعلن وغيره، وهو كذلك، وكما لا يرث المرتد لا يورث، لما مر، لكن لو قطع شخص طرف مسلم فارتد المقطوع ومات سراية وجب قود الطرف، ويستوفيه من كان وارثه لولا الردة، ومثله حد القذف.

(و) **السابع** ـ (أهل ملتين) مختلفتين كملتي الإسلام، والكفر، فلا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، لانقطاع الموالاة بينهما. وانعقد الإجماع على أن الكافر لا يرث المسلم، واختلفوا في توريث المسلم منه، فالجمهور على المنع.

فإن قيل: يرد على ما ذكر ما لو مات كافر عن زوجة كافرة حامل، ووقف الميراث فأسلمت ثم ولدت، فإن الولد يرث منه مع حكمنا بإسلامه بإسلام أمه.

أجيب بأنه كان محكوماً بكفره يوم موت أبيه، وقد ورث منذ كان حملاً ولهذا قال الكتاني من محققي المتأخرين: إن لنا جماداً يملك وهو النطفة، واستحسنه السبكي قال الدميري، وفيه نظر، إذ الجماد ما ليس بحيوان، ولا كان حيواناً، يعني ولا أصل حيوان.

وخرج بملتي الإسلام والكفر ملتا الكفر إذا كان لهما عهد فيتوارثان كيهودي من نصراني ونصراني من مجوسي ومجوسي من وثني، وبالعكس لأن جميع ملل الكفر في البطلان كالملة الواحدة. قال تعالى: ﴿فَمَاذَا بَعْدَ الْحَقِّ إِلاَّ الضَّلَالِ﴾ [يونس: ٣٢].

فإن قيل: كيف يتصور إرث اليهودي من النصراني وعكسه فإن الأصح أن من انتقل من ملة إلى ملة لا يقر.

أجيب: يتصور ذلك في الولاء والنكاح، وفي النسب أيضاً فيما إذا كان أحد أبويه يهودياً والآخر نصرانياً إما بنكاح أو وطء شبهة فإنه يتخير بعد بلوغه كما قاله الرافعي قبيل نكاح المشرك، حتى لو كان له ولدان واختار أحدهما اليهودية والآخر النصرانية جعل التوارث بينهما بالأبوة والأمومة والأخوة مع اختلاف الدين، أما الحربي وغيره كذمي ومعاهد فلا توارث بين الحربي وغيره لانقطاع الموالاة بينهما.

والثامن إيهام وقت الموت فلو مات متوارثان بغرق أو حرق أو هدم أو في بلاد غربة معاً جعل أسبقهما، أو علم سبق وجهل ـ لم يرث أحدهما من الآخر شيئاً، لأن من شرط الإرث كما مر تحقيق حياة الوارث بعد موت المورث، وهو هنا منتف.

....

والجهل بالسبق صادق بأن يعلم أصل السبق ولا يعلم عين السابق، وبأن لا يعلم بسبق أصلاً، وصور المسألة خمس: العلم بالمعية، العلم بالسبق وعين السابق، الجهل بالمعية والسبق، الجهل بعين السابق مع العلم بالسبق، التباس السابق بعد معرفة عينه، ففي الصورة الأخيرة يوقف الميراث إلى البيان أو الصلح، وفي الصورة الثانية تقسم التركة، وفي الثلاثة الباقية تركة كل من الميتين بغرق ونحوه لباقي ورثته، لأن الله تعالى إنما ورث الأحياء من الأموات، وهنا لم تعلم حياته عند موت صاحبه فلم يرث كالجنين إذا خرج ميتاً.

والتاسع ـ الدور الحكمي، وقد مر مثاله.

والعاشر ـ اللعان، فإنه يقطع التوارث، ذكره الغزالي.

[القَوْلُ فِي مَوَانِعِ المِيرَاثِ الحَقِيقِيَّةِ]

وقال ابن الهائم في شرح كفايته: الموانع الحقيقية أربعة: القتل والرق، واختلاف الدين، والدور الحكمي وما زاد عليها فتسميته مانعاً مجاز، وقال في غيره: إنها ستة: الأربعة المذكورة، والردة واختلاف العهد، وأن ما زاد عليها مجاز وانتفاء الإرث معه لا لأنه مانع بل لانتفاء الشرط كما في جهل التاريخ، وهذا أوجه.

وعد بعضهم من الموانع: النبوة، لخبر الصحيحين: «نَحْنُ مَعَاشِرَ الأَنْبِيَاءِ لاَ نُورَثُ؛ ما تَرَكْنَاهُ صَدَقَةٌ» والحكمة فيه أن لا يتمنى أحد من الورثة موتهم لذلك فيهلك؛ وأن لا يظن بهم الرغبة في الدنيا، وأن يكون مالهم صدقة بعد وفاتهم توفيراً لأجورهم.

وقد علم مما تقرر أن الناس في الإرث على أربعة أقسام: منهم من يرث ويورث، وعكسه فيهما من يورث ولا يرث، وعكسه. فالأول كزوجين وأخوين والثاني كرقيق ومرتد، والثاني كمبعض وجنين في غرته فقط فإنها تورث عنه لا غيرها والرابع الأنبياء عليهم الصلاة والسلام، فإنهم يرثون ولا يورثون.

أَقْرَبُ الْعَصَبَاتِ الِابْنُ ثُمَّ ابْنُهُ ثُمَّ أَبُوهُ ثُمَّ الأَخُ لِلأَبِ وَالأُمِّ ثُمَّ الأَخُ لِلأَبِ ثُمَّ ابْنُ الأَخِ لِلأَبِ وَالأُمِّ ثُمَّ ابْنُ الأَخِ لِلأَبِ ثُمَّ العَمُّ عَلَى هَذَا التَّرْتِيبِ ثُمَّ ابْنُهُ، فَإِنْ عُدِمَت الْعَصَبَاتُ فَالْمَوْلَى الْمُعْتِقُ

[القَوْلُ فِي الْعَصَبَاتِ]

(وأقرب العصبات) من النسب العصبة بنفسه، وهم (الابن) لأنه يدلي إلى الميت بنفسه (ثم ابنه) وإن سفل، لأنه يقوم مقام أبيه في الإرث فكذا في التعصيب (ثم الأب) لإدلاء سائر العصبات به (ثم أبوه) وإن علا (ثم الأخ للأب والأم) أي الشقيق، ولو عبر به كان أخصر (ثم الأخ للأب)، لأن كلاًّ منهما ابن الأب يدلي بنفسه (ثم ابن الأخ للأب والأم) أي الشقيق (ثم ابن الأخ للأب) لأن كلاًّ منهما يدلي بنفسه كأبيه (ثم العم على هذا الترتيب) أي فيقدم العم الشقيق على العم للأب لأن كلاًّ منهما ابن الجد ويدلي للميت بنفسه (ثم ابنه) أي العم على ترتيب أبيه، فيقدم ابن العم الشقيق على ابن العم للأب ثم عم الأب من الأبوين، ثم من الأب، ثم بنوهما كذلك، ثم عم الجد من الأبوين ثم.

(فإذا عدمت العصبات) من النسب الذين يتعصبون بأنفسهم فالمولى اختصاراً.

[من الأب ثم بنوهما كذلك ثم عم الجد من الأبوين ثم من الأب ثم بنوهم كذلك ثم عم الجد من الأبوين ثم من الأب ثم بنوهما كذلك إلى حيث ينتهي. قاله في الروضة وتركه المصنف اختصاراً][1] (فإذا عدمت العصبات) من النسب الذين يتعصبون بأنفسهم (فالمولى المعتق).

والعصبات: جمع عصبة، ويسمى به الواحد والجمع والمذكر والمؤنث، قاله المطرزي، وتبعه النووي، وأنكر ابن الصلاح إطلاقه على الواحد، لأنه جمع عاصب.

ومعنى العصبة لغة: قرابة الرجل لأبيه، وشرعاً من ليس له سهم مقدر من الورثة فيرث التركة إذا انفرد أو ما فضل بعد الفروض.

---

(١) ما بين المعكوفين سقط ط.

ثُمَّ عَصَبَتُهُ.

فقولنا: «يرث التركة إذا انفرد» صادق بالعصبة بنفسه وهو ما تقدم وبنفسه وغيره معاً، والعصبة بغيره هن: البنات والأخوات، غير ولد الأم مع أخيهن وقولنا: «أو ما فضل إلى آخره» صادق بذلك وبذلك وبالعصبة مع غيره: وهن الأخوات مع البنات وبنات الابن فليس لهن حال يستغرقن فيه التركة.

والمعتق يشمل الذكر والأنثى، لإطلاق قوله ﷺ: «إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[1] ولأن الإنعام بالإعتاق موجود من الرجل والمرأة فاستويا في الإرث وحكى ابن المنذر فيه الإجماع، وإنما قدم النسب عليه لقوته، ويرشد إليه: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ»[3] شبه به، والمشبه دون المشبه به.

(ثم عصبته) أي المعتق بنسب: المتعصبون بأنفسهم كابنه وأخيه، لا كبنته وأخته، ولو مع أخويهما المعصبين لهما، لأنهما من أصحاب الفروض، ولا للعصبة مع غيره، والمعنى فيه أن الولاء أضعف من النسب المتراخي، وإذا تراخى النسب ورث الذكور دون الإناث كبني الأخ وبني العم دون أخواتهم، فإذا لم ترث بنت الأخ وبنت العم فبنت المعتق أولى ألا ترث، لأنها أبعد منهما، والمعتبر أقرب عصباته يوم موت العتيق فلو مات المعتق وخلف ابنين ثم مات أحدهما وخلف ابناً ثم مات العتيق فولاؤه لابن المعتق دون ابن ابنه.

تنبيه ـ كلام المصنف كالصريح في أن الولاء لا يثبت للعصبة في حياة المعتق، بل إنما يثبت بعده، وليس بمراد، بل الولاء ثابت له في حياة المعتق على المذهب المنصوص في الأم، إذ لو لم يثبت لهم الولاء إلا بعد موته لم يرثوا، وقال السبكي: تلخص للأصحاب فيه وجهان، أصحهما أنه لهم معه، لكن هو المقدم عليهم فيما يمكن جعله له كإرث المال ونحوه اهـ.

(٢) أخرجه البخاري ٩/ ٤٠٤ (٥٢٧٩) ومسلم ٢/ ١١٤٤ (١٤ ـ ١٥٠٤).
(٣) أخرجه البيهقي في السنن ٦/ ٢٤٠ وعبدالرزاق في المصنف (١٦١٤٩) وابن عبد البر في التمهيد ٣/ ٦٩ والحاكم في المستدرك ٤/ ٣٤١.

والفُرُوضُ الْمَذْكُورَةُ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعالَى سِتَّةٌ:

ترتيبهم هنا كالترتيب المتقدم في النسب، إلا في مسائل. منها إذا اجتمع الجد والأخ الشقيق أو لأب قدم الأخ هنا في الولاء على الأظهر بخلافه في النسب فلو اجتمعا معه فلا يقدم أولاد الأب على الجد على الأصح، بل يقتسم الجد مع الشقيق فقط، ومنها ما إذا كان مع الجد ابن الأخ، فالأظهر تقديم ابن الأخ في الولاء لقوة البنوة، ومنها ما إذا كان للمعتق ابنا عم: أحدهما أخ لأم فالمذهب تقديمه، وسكت المصنف عما إذا لم يكن للمعتق عصبة، وحكمه أن التركة لمعتق المعتق، ثم لعصبته على الترتيب المعتبر في عصبات المعتق، ثم لمعتق معتق المعتق وهكذا كما في الروضة، فإن فقدوا فمعتق الأب ثم عصبته ثم معتق الجد، ثم عصبته وهكذا، فإن لم يكن وارث انتقل المال لبيت المال إرثاً للمسلمين إذا انتظم أمر بيت المال، أما إذا لم ينتظم لكون الإمام غير عادل فإنه يرد على أهل الفروض غير الزوجين، لأن علة الرد القرابة، وهي مفقودة فيهما، ونقل ابن سريج فيه الإجماع، هذا إذا لم يكونا من ذوي الأرحام، فلو كان مع الزوجية رحم رد عليها: كبنت الخالة وبنت العم لكن الصرف إليهما من جهة الرحم، لا من جهة الزوجية، وإنما يرد ما فضل عن فروضهم بالنسبة إلى سهام من يرد عليه، طلباً للعدل فيهم. ففي بنت وأم يبقى بعد إخراج فرضهما سهمان من ستة، للأم ربعهما نصف سهم، وللبنت ثلاثة أرباعهما فتصبح المسألة من اثني عشر، وترجع بالاختصار إلى أربعة، للبنت ثلاثة وللأم واحد، وذكرت أشياء من ذلك مما لا يحتمله هذا المختصر في شرح التنبيه وغيره.

[القَوْلُ فِي الإِرْثِ بِالْفَرْضِ وَبَيَانِ الْفُرُوضِ]

ثم شرع في بيان الفروض وأصحابها، وهم كل من له سهم مقدر شرعاً لا يزيد ولا ينقص وقدر ما يستحقه كل منهم بقوله (والفروض) جمع فرض بمعنى نصيب أي الأنصباء (المذكورة) أي المقدرة أي المحصورة للورثة بأن لا يزاد عليها ولا ينقص عنها إلا لعارض كعول فينقص أو رد فيزاد (في كتاب الله تعالى) للورثة. وخبر الفروض (ستة) بعول وبدونه، ويعبر عنها بعبارات أوضحها: النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس. وأخصرها: الربع والثلث، وضعف كل ونصفه، وإن شئت قلت: النصف ونصفه ونصف نصفه والثلثان ونصفهما ونصف نصفهما [وإن شئت

النِّصْفُ وَالرُّبُعُ والثُّمُنُ والثُّلُثَانِ وَالثُّلُثُ وَالسُّدُسُ. فَالنِّصْفُ فَرْضُ خَمْسَةٍ: الْبِنْتِ وَبِنْتِ الاِبْنِ وَالأُخْتِ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ وَالأُخْتِ مِنَ الأَبِ.

قلت: النصف ونصفه وربعه والسدسان ونصفهما وربعهما][1]. وخرج بقوله. في كتاب الله تعالى السدس الذي للجدة ولبنت الابن إلا أن يقال السدس مذكور في كتاب الله تعالى لا مع كون من يستحقه إما جدة أو بنت ابن، والسبع والتسع في مسائل العول، إلا أن يقال: الأول سدس عائل، والثاني ثمن عائل: وثلث ما يبقى في الغراوين كزوج وأبوين، وزوجة وأبوين، وفي مسائل الجد حيث معه ذو فرض كأم جد وخمسة إخوة، فإنه من قبيل الاجتهاد.

[القَوْلُ فِي أَصْحَابِ النِّصْفِ]

(ف) الفرض الأول (النصف) بدأ المصنف به كغيره لكونه أكبر كسر مفرد قال السبكي: وكنت أود أن لو بدؤوا بالثلثين، لأن الله تعالى بدأ بهما حتى رأيت أبا النجاء، والحسين بن عبدالواحد الوني ـ بدءاً بهما فأعجبني ذلك، وهو (فرض خمسة):

أحدها (البنت) إذا انفردت عن جنس البنوة والأخوة لقوله تعالى: ﴿**وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ**﴾ [النساء: ١١].

(و) **ثانيها** (بنت الابن) وإن سفل بالإجماع إذا انفردت عن تعصيب وتنقيص، فخرج بالتعصيب ما إذا كان معها أخ في درجتها فإنه يعصبها ويكون لها نصف ما حصل له، وبالتنقيص ما إذا كان معها بنت صلب فإن لها معها السدس تكملة الثلثين.

(و) **ثالثها** ـ (الأخت من الأب والأم) إذا انفردت عن جنس البنوة والأخوة لو عبر بالشقيقة لكان أخصر.

(و) **رابعها** (الأخت من الأب) إذا انفردت عن جنس البنوة والأخوة لقوله تعالى: ﴿**وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ**﴾ [النساء: ١٧٦] قال ابن الرفعة، وأجمعوا على أن

---

(١) ما بين المعكوفين سقط في ط.

وَالزَّوْجِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُ وَلَدٌ (وَلاَ وَلَدُ ابْنٍ) والرُّبُعُ فَرْضُ اثْنَيْنِ: الزَّوْجِ مَعَ الوَلَدِ أَوْ وَلَدِ الابْنِ وَهُوَ فَرْضُ الزَّوْجَةِ وَالزَّوْجَاتِ مَعَ عَدَمِ الوَلَدِ أَوْ وَلَدِ الابْنِ والثُّمُنُ فَرْضُ الزَّوْجَةِ والزَّوْجَاتِ

المراد بها الأخت الشقيقة والأخت من الأب، وخرج بقيد الانفراد عمن ذكر في الأربعة الزوج، فإن لكل واحدة مع وجوده النصف أيضاً.

(و) خامسها (الزوج إذا لم يكن لها) أي لزوجته (ولد) منه أو من غيره، ويصدق الولد بالذكر والأنثى (ولا ولد ابن) لها وإن سفل، منه أو من غيره، أما مع عدم الولد فلقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَّمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٢] وانعقد الإجماع على أن ولد الابن كولد الصلب في حجب الزوج من النصف إلى الربع: إما لصدق اسم الولد عليه مجازاً، وإما قياساً على الإرث والتعصيب، فإنه فيهما كولد الصلب إجماعاً.

[القَوْلُ فِي أَصْحَابِ الرُّبُعِ]

(و) **الفرض الثاني** (الربع، وهو فرض اثنين) فرض (الزوج مع الولد) لزوجته منه أو من غيره (أو) مع (ولد الابن) لها وإن سفل، منه أو من غيره، أما مع الولد فلقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ﴾ [النساء: ١٢] وأما مع ولد الابن فلما مر، وخرج بقيد الابن هنا وفيما قبله ولد البنت فإنه لا يرث ولا يحجب (وهو) أي الربع (للزوجة) الواحدة (و) لكل (الزوجات) بالسوية (مع عدم الولد) للزوج (أو) عدم (ولد الابن) له، وإن سفل، أما مع عدم الولد فلقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٢] وأما مع عدم ولد الابن فبالإجماع، واستفيد من تعبيره بالزوجات بعد الواحدة ـ أن ما فوق الواحدة إلى انتهاء الأربع في استحقاق الربع كالواحدة، وهو إجماع كما قاله ابن المنذر.

تنبيه ـ قد ترث الأم الربع فرضاً فيما إذا ترك زوجة وأبوين فللزوجة الربع وللأم ثلث ما بقي واحد، وهو في الحقيقة ربع ولكنهم تأدبوا مع لفظ القرآن العظيم.

[القَوْلُ فِي أَصْحَابِ الثُّمُنِ]

(و) **الفرض الثالث** (الثمن، وهو فرض الزوجة) الواحدة (و) كل (الزوجات)

مَعَ الوَلَدِ أَوْ وَلَدِ الابْـنِ وَالثُّلُثَـانِ فَـرْضُ أَرْبَعَـةٍ: الْبِنْتَيْـنِ وَبِنْتَـيِ الابْـنِ وَالأُخْتَيْـنِ مِـنَ الأَبِ وَالأُمِّ. وَالأُخْتَيْنِ مِنَ الأَبِ،

بالتسوية (مع الولد) للزوج منها أو من غيرها (أو) مع (ولد الابن) له وإن سفل، أما مع الولد فلقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ﴾ [النساء: ١٢] وأما مع ولد الابن فلما تقدم من الإجماع والقياس على ولد الصلب، ويستفاد من تعبيره هنا بالزوجات بعد الواحدة ما استفيد فيما قبله.

[القَوْلُ فِي أصحاب الثُّلُثَيْنِ]

(و) **الفرض الرابع** (الثلثان) وهو (فرض أربعة: البنتين) فأكثر أما في البنتين فبالإجماع المستند لما صححه الحاكم أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «أَعْطَى بِنْتَي سَعْدِ بْنِ الرَّبِيعِ الثُّلُثَيْنِ» وإلى القياس على الأختين، ومما احتج به أيضاً أَنَّ الله تعالى قال: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١٧٦] وهو لو كان مع واحدة كان حظها الثلث، فأولى وأحرى أن يجب لها ذلك مع أختها، وأما في الأكثر فلعموم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧].

(و) فرض (بنات الابن) وإن سفل، ولو عبر ببنتي الابن فأكثر كان أولى. ليدخل بنتا الابن، والألف واللام في الابن للجنس، حتى لو كن من أبناء كان الحكم كذلك، وهذا إذا لم يكن معهن بنت صلب، فإن كان فسيأتي حكمه.

(و) فرض (الأختين) فأكثر (من الأب والأم) أما في الأختين فلقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧] وأما في الأكثر فلعموم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١١].

(و) فرض (الأختين) فأكثر (من الأب) عند فقد الشقيقتين، أما في الأختين فللآية الكريمة المتقدمة، فإن المراد بها الصنفان كما حكى ابن الرفعة فيه الإجماع، وأما في الأكثر فلعموم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ﴾ [النساء: ١١] كما تقدم.

تنبيه ـ ضابط من يرث الثلثين: من تعدد من الإناث ممن فرضه النصف عند انفرادهن عمن يعصبهن أو يحجبهن.

وَالثُّلُثُ فَرْضُ اثْنَتَيْنِ الأُمِّ إِذَا لَمْ تُحْجَبْ. وَهُوَ لِلِاثْنَيْنِ فَصَاعِداً مِنَ الإِخْوَةِ والأَخَوَاتِ مِنْ وَلَدِ الأُمِّ. والسُّدُسُ فَرْضُ سَبْعَةٍ الأُمِّ مَعَ الْوَلَدِ

[القَوْلُ فِي أَصْحَابِ الثُّلُثِ]

(و) **الفرض الخامس** (الثلث) وهو (فرض اثنين) فرض (الأم إذا لم تحجب) حجب نقصان بأن لم يكن لميتها ولد ولا ابن وارث ولا اثنان من الإخوة والأخوات للميت، سواء أكانوا أشقاء أم لا ذكوراً أم لا محجوبين بغيرها كأخوين لأم مع جد أم لا، لقوله تعالى: **﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾** [النساء: ١١] فإن كان له إخوة فلأمه السدس وولد الابن ملحق بالولد، والمراد بالإخوة اثنان فأكثر إجماعاً قبل إظهار ابن عباس الخلاف، ويشترط أيضاً أن لا يكون مع الأم أب وأحد الزوجين فقط، وإن كان معها ذلك ففرضها ثلث الباقي كما مر.

(وهو) أي الثلث (للاثنين فصاعداً) بالنصب على الحال، وناصبه واجب الإضمار: أي ذاهباً من فرض عدد الاثنين إلى حال الصعود على الاثنين، ولا يجوز فيه غير النصب، وإنما يستعمل بالفاء وثم، لا بالواو، كما في المحكم أي فزائداً (من الإخوة والأخوات من ولد الأم) يستوي فيه الذكر وغيره، لقوله تعالى: **﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ﴾** [النساء: ١٢] الآية. والمراد أولاد الأم بدليل، قراءة ابن مسعود وغيره، «وله أخ أو أخت من أم» وهي وإن لم تتواتر لكنها كالخبر في العمل على الصحيح، لأن مثل ذلك إنما يكون توقيفاً، وإنما سوى بين الذكر والأنثى لأنه لا تعصيب فيمن أدلوا به، بخلاف الأشقاء أو لأب فإن فيهم تعصيباً، فكان للذكر مثل حظ الأنثيين كالبنين والبنات، ذكره ابن أبي هريرة في تعليقه، وقد يفرض الثلث للجد مع الإخوة فيما إذا نقص عنه بالمقاسمة كما لو كان معه ثلاثة إخوة فأكثر، وبهذا يكون فرض الثلث لثلاثة وإن لم يكن الثالث في كتاب الله تعالى كما مر.

[القَوْلُ فِي أَصْحَابِ السُّدُسِ]

(و) **الفرض السادس** (السدس) وهو (فرض سبعة) بتقديم السين على الموحدة (للأم مع الولد) ذكراً كان أو غيره، لقوله تعالى: **﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا

أَوْ وَلَدِ الاِبْنِ، أَوِ اثْنَيْنِ فَصَاعِداً مِنَ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ، وَهُوَ لِلْجَدَّةِ عِنْدَ عَدَمِ الأُمِّ

السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١١] (أو) مع (ولد الابن) وإن سفل، للإجماع على حجبها به من الثلث إلى السدس، ولم يعتبروا مخالفة مجاهد في ذلك (أو) مع (اثنين فصاعداً) أي فأكثر (من الإخوة والأخوات) لما مر في الآيتين.

تنبيه ـ قوله (اثنين) قد يشمل ما لو ولدت امرأة ولدين ملتصقين لهما رأسان وأربع أرجل وأربع أيد وفرجان ولها ابن آخر ثم مات هذا الابن وترك أمه وهذين فيصرف لها السدس، وهو كذلك، لأن حكمهما حكم الاثنين في سائر الأحكام من قصاص ودية وغيرهما، وتعطى أيضاً السدس مع الشك في وجود أخوين كأن وطىء اثنان امرأة بشبهة وأتت بولد واشتبه الحال ثم مات الولد قبل لحوقه بأحدهما ولأحدهما دون الآخر ولدان، فللأم من مال الولد السدس في الأصح أو الصحيح كما في زيادة الروضة في العدد، وإذا اجتمع مع الأم الولد أو ولد الابن واثنان مع الإخوة فالذي ردها من الثلث إلى السدس الولد لقوته كما بحثه ابن الرفعة، وقد يفرض لها أيضاً السدس مع عدم من ذكر، كما إذا ماتت امرأة عن زوج وأبوين.

(وهو) أي السدس (للجدة) الوارثة لأب أو أم، لخبر أبي داود وغيره أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «أَعْطَى الْجَدَّةَ السُّدُسَ»[1] والمراد بها الجنس لأن الجدتين فأكثر الوارثات يشتركان أو يشتركن في السدس، وروى الحاكم بسند صحيح أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «قَضَى بِهِ لِلجَدَّتَيْنِ» ثم إن كانت الجدة لأم فلها ذلك (عند عدم الأم) فقط، سواء انفردت أو كانت مع ذوي فرض أو عصبة لأنها لا يحجبها إلا الأم فقط إذ ليس

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ ٢/٥١٣ وعبدالرزاق في المصنف ١٠/ ٢٧٤ (١٩٠٨٣) وأحمد في المسند ٤/ ٢٢٥ وأبو داود ٣/٣١٦ (٢٨٩٤) والترمذي ٤/٤١٩ (٢١٠٠) وابن ماجة ٢/٩٠٩ (٢٧٢٤) وابن الجارود في المنتقى ص ٣٢٠ (٩٥٩) وأخرجه ابن حبان كذا في الموارد ص ٣٠٠ (١٢٢٤)والحاكم في المستدرك ٤/٣٣٨ وقال: صحيح على شرط الشيخين وأقره الذهبي والبيهقي في السنن ٦/ ٢٣٤.

وَلِبِنْتِ الِابْنِ مَعَ بِنْتِ الصُّلْبِ، وَهُوَ لِلْأُخْتِ مِنَ الأَبِ مَعَ الأُخْتِ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ.

وَهُوَ فَرْضُ الأَبِ مَعَ الوَلَدِ أَوْ وَلَدِ الِابْنِ، وَفَرْضُ الجَدِّ عِنْدَ عَدَمِ الأَبِ وَهُوَ فَرْضُ الوَاحِدِ مِنْ وَلَدِ الأُمِّ

بينها وبين الميت غيرها، فلا تحجب بالأب ولا بالجد، والجدة للأب يحجبها الأب لأنها تدلي به، أو الأم بالإجماع، فإنها تستحق بالأمومة، والأم أقرب منها، والقربى من كل جهة تحجب البعدى عنها، سواء أدلت بها كأم أب وأم أم أب وأم أم وأم أم أم، أم لم تدل بها كأم أب وأم أبي أب، فلا ترث البعدى مع وجود القربى والقربى من جهة الأم كأم أم تحجب البعدى من جهة الأب كأم أم أب، والقربى من جهة الأب كأم أب لا تحجب البعدى من جهة الأم كأم أم أم، بل يكون السدس بينهما نصفين.

(و) السدس أيضاً (لبنت الابن) فأكثر (مع بنت الصلب) أو مع بنت ابن أقرب منها تكملة الثلثين، لِقَضَائِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِذَلِكَ فِي بِنْتِ الِابْنِ مَعَ الْبِنْتِ، رواه البخاري عن ابن مسعود، وقيس عليه الباقي ولأن البنات ليس لهن أكثر من الثلثين فالبنت وبنات الابن أولى بذلك.

تنبيه ـ استفيد من إفراد المصنف كغيره بنت الصلب أنه لو كان مع بنات الابن بنتا صلب فأكثر أنه لا شيء لبنات الابن وهو كذلك بالإجماع كما قاله الماوردي لأن بنت الابن فأكثر إنما تأخذ أو يأخذن تكملة الثلثين وهو السدس ولهذا سمي تكملة كما مر.

(وهو) أي السدس (للأخت) فأكثر (من الأب مع الأخت) الواحدة (من الأب والأم) تكملة الثلثين كما في البنت وبنات الابن.

(وهو) أي السدس (فرض الأب مع الولد) ذكراً كان أو غيره (أو) مع (ولد الابن) وإن سفل.

(و) هو أيضاً (فرض الجد) للأب (عند عدم الأم) المتوسط ﴿**لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ**﴾ [النساء: ١١] الآية. وولد الابن كالولد كما مر. والجد كالأب.

(وهو) أيضاً (للواحد من ولد الأم) ذكراً كان أو أنثى أو خنثى لقوله تعالى: ﴿**وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ**﴾ [النساء: ١٧٦] الآية.

وَتَسْقُطُ الجَدَّاتُ بِالأُمِّ، وَالأَجْدَادُ بِالأَبِ وَيَسْقُطُ وَلَدُ الأُمِّ مَعَ أَرْبَعَةٍ: الوَلَدِ وَوَلَدِ الابْنِ وَالأَبِ وَالْجَدِّ، وَيَسْقُطُ

تتمة ـ أصحاب الفروض ثلاثة عشر: أربعة من الذكور: الزوج والأخ للأم. والأب والجد. وقد يرث الأب والجد بالتعصيب فقط. وقد يجمعان بينهما. وتسعة من الإناث: الأم والجدتان والزوجة والأخت للأم. وذوات النصف الأربع.

حجب الحرمان بالشخص

ثم شرع في حجب الحرمان[1] بقوله (وتسقط الجدات) سواء أكن للأم أو للأب (بالأم) إجماعاً لأن الجدة[1] إنما تستحق بالأمومة والأم أقرب منها كما مر (و) يسقط (الأجداد) المدلون إلى الميت بمحض الذكور (بالأب) وبكل جد هو إلى الميت أقرب منهم بالإجماع (ويسقط ولد الأم) ذكراً كان أو أنثى مع وجود أربعة أي: واحد منها الولد (وولد الابن) وإن سفل ذكراً كان أو أنثى (والأب والجد) بالإجماع الآية الكلالة المفسرة بمن لا ولد له ولا والد، أما الأم فلا تحجبهم وإن أدلوا بها. لأن شروط حجب المدلي بالمدلى به: إما اتحاد جهتهما كالجد مع الأب والجد مع لأم أو استحقاق المدلى به كل التركة لو انفرد كالأخ مع الأب، والأم مع ولدها ليست لذلك لأنها تأخذ بالأمومة وهو بالأخوة ولا تستحق جميع التركة إذا انفردت (ويسقط

---

(١) أي بالشخص ولا يدخل على الأبوين والزوجين وولد الصلب وأما حجب الحرمان بالوصف فيمكن دخوله على كل الورثة وأما حجب النقصان فقد تقدم في ضمن بيان الفروض. وحاصل ما ذكره المتن خمسة وزاد الشارح سبعة فالجملة اثنتا عشرة وهم الجدّات والأجداد وولد الأم والأخ الشقيق والأخ للأب والأخ للأم وابن الأخ الشقيق وابن الأخ للأب والعم الشقيق والعم للأب وابن العم الشقيق وابن العم للأب والمعتق وسكت عن حجب ولد الابن بالابن لأنه معلوم ولأنه لا يحجب دائماً بل إن كان ولد الصلب ذكراً حجبه وإلا فلا والقاعدة أنه يقدم بالجهة ثم إذا اتحدت قدم بالقرب فإذا اتحدا في القرب قدم بالقوّة كما قال:

فبالجهة التقديم ثم بقربه وبعدهما التقديم بالقوّة اجعلا

(١) المناسب العطف ليكون من عطف علة على أخرى.

الأَخُ لِلأَبِ وَالأُمِّ مَعَ ثَلاَثَةٍ: الابْنِ وَابْنِ الابْنِ وَالأَبِ، وَيَسْقُطُ وَلَدُ الأَبِ بِهَؤُلاَءِ الثَّلاَثَةِ وَبِالأَخِ لِلأَبِ وَالأُمِّ.

وَأَرْبَعَةٌ يُعَصِّبُونَ أَخَوَاتِهِمْ

ولد الأب والأم) أي الأخ الشقيق ولو عبر به لكان أخصر (مع ثلاثة) أي بواحد لها (الابن وابن الابن) وإن سفل (والأب) بالإجماع في الثلاثة (ويسقط ولد الأب) أي أخ للأب فقط مع أربعة (بهؤلاء الثلاثة وبالأخ مع الأب والأم) لقوته بزيادة القرب.

فإن قيل: يرد على ذلك أنه يحجب أيضاً ببنت وأخت شقيقة.

أجيب بأن كلامه فيمن يحجب بمفرده وكل من البنت والأخت لا تحجب الأخ بمفردها بل مع غيرها.

والذي يحجب ابن الأخ لأبوين ستة: أب لأنه يحجب أباه فهو أولى، وجد لأنه في درجة أبيه، وابن وابنة، لأنهما يحجبان أباه فهو أولى، والأخ لأبوين لأنه إن كان أباه فهو يدلي به، وإن كان عمه فهو أقرب منه والأخ لأب لأنه أقرب منه. وابن الأخ لأب يحجبه سبعة: هؤلاء الستة لما سبق وابن الأخ لأبوين لقوته.

والعم لأبوين يحجبه ثمانية: هؤلاء السبعة لما سبق، وابن الأخ لأب لقرب درجته.

والعم لأب يحجبه تسعة: هؤلاء الثمانية لما مر وعم لأبوين لقوته.

وابن عم لأبوين يحجبه عشرة: هؤلاء التسعة لما مر. وعم لأب لأنه في درجة أبيه فيقدم عليه لزيادة قربه.

وابن عم الأب يحجبه أحد عشر: هؤلاء العشرة لما سلف، وابن عم لأبوين لقوته.

والمعتق يحجبه عصبة النسب بالإجماع لأن النسب أقوى من الولاء إذ يتعلق به أحكام لا تتعلق بالولاء كالمحرمية ووجوب النفقة وسقوط القصاص وعدم صحة لشهادة ونحوها وسكت المصنف عن ذلك اختصاراً.

(وأربعة يعصبون أخواتهم) منصوب بالكسرة لكونه جمع مؤنث سالماً.

الِابْنُ وَابْنُ الِابْنِ وَالأَخُ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ وَالأَخُ مِنَ الأَبِ، وَأَرْبَعَةٌ يَرِثُونَ دُونَ أَخَوَاتِهِمْ وَهُمُ الأَعْمَامُ وَبَنُو الأَعْمَامِ وَبَنُو الأَخِ وَعَصَبَاتُ المَوْلَى الْمُعْتِقِ.

الأول: (الابن) لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] فنص سبحانه وتعالى على أولاد الصلب (و) الثاني (ابن الابن) وإن سفل لأنه لما قام مقام أبيه في الإرث قام مقامه في التعصيب (و) الثالث (الأخ من الأب والأم) (و) الرابع (الأخ من الأب) فقط لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١٧٦].

[القَوْلُ فِيمَنْ يَرِثُ دُونَ أُخْتِهِ]

(وأربعة) لا يعصبون أخواتهم، بل (يرثون دون أخواتهم) فلا يرثن (وهم الأعمام) لأبوين أو لأب (وبنو الأعمام) لأبوين أو لأب (وبنو الإخوة) لأبوين أو لأب لأن العمات وبنات الأعمام وبنات الإخوة من ذوي الأرحام كما مر بيانهم أول الكتاب (وعصبات المولى المعتق) الذين يتعصبون بأنفسهم، لانجرار الولاء إليهم كما مر بيانه، فيرثون عتيق مورثهم بالولاء دون أخواتهم، لأن الإناث إذا لم يرثن في النسب البعيد فلا يرثن في الولاء الذي هو أضعف من النسب البعيد أولى، وما رواه الدارقطني مِنْ أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «وَرَّثَ بِنْتَ حَمْزَةَ مِنْ عَتِيقِ أَبِيهَا» قال السبكي: إنه حديث مضطرب لا تقوم به حجة. والذي صححه النسائي إنه كان عتيقها، وكذا حكى تصويب ذلك عن النسائي ابن الملقن في أدلة التنبيه.

تتمة ـ الابن المنفرد يستغرق التركة. وكذا الابنان والبنون إجماعاً ولو اجتمع بنون وبنات فالتركة لهم للذكر مثل حظ الأنثيين وأولاد الابن وإن نزل إذا انفردوا كأولاد الصلب فيما ذكر فلو اجتمع أولاد الصلب وأولاد الابن فإن كان من أولاد الصلب ذكر حجب أولاد الابن بالإجماع فإن لم يكن ذكر فإن كان للصلب بنت فلها النصف والباقي لأولاد الابن الذكور والإناث ولا شيء للإناث الخلص من أولاد الابن مع بنتي الصلب بنتان فصاعداً أخذتا أو أخذن الثلثين والباقي لأولاد الابن الذكور أو الذكور والإناث ولا شيء للإناث الخلص من أولاد الابن مع بنتي الصلب بالإجماع إلا

. . . .

أن يكون أسفل منهن ذكر فيعصبهن في الباقي وأولاد ابن الابن مع ـ أولاد الابن كأولاد الابن مع أولاد الصلب في جميع ما مر. وكذا سائر المنازل. وإنما يعصب الذكر النازل من أولاد الابن من في درجته كأخته وبنت عمه ويعصب من فوقه كبنت عم أبيه إن لم يكن لها شيء من الثلثين كبنتي صلب وبنت ابن وابن ابن ابن بخلاف ما إذا كان لها شيء من الثلثين، لأن لها فرضاً استغنت به عن تعصيبه وباب الفرائض باب واسع وقد أفرد بالتأليف. وفي هذا القدر كفاية بالنسبة لهذا المختصر.

فَصْــلٌ

فصْـلٌ فِي الـوَصِيَّةِ الشَّامِلَةِ لِلإيصاءِ[1]

هي في اللغة الإيصال من ـ وصى الشيء بكذا ـ: وصله به، لأن الموصي وصل خير دنياه بخير عقباه. وشرعاً لا بمعنى الإيصاء: تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت ليس بتدبير ولا تعليق عتق بصفة وإن ألحقا بها حكماً كالتبرع المنجز في مرض الموت أو الملحق به.

وكان الأنسب تقديم الوصية على الفرائض ،لأن الإنسان يوصي ثم يموت فتقسم تركته.

والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى في أربعة مواضع من المواريث: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١] وأخبار كخبر ابن ماجة «الْمَحْرُومُ مَنْ حُرِمَ الْوَصِيَّةَ. مَنْ مَاتَ عَلَى وَصِيَّةٍ مَاتَ عَلَى سَبِيلٍ وَسُنَّةٍ وَتُقًى وَشَهَادَةٍ وَمَاتَ مَغْفُوراً لَهُ»[2] وكانت أول الإسلام واجبة بكل المال للوالدين والأقربين ثم نسخ وجوبها بآية المواريث وبقي استحبابها في الثلث فأقل لغير الوارث إن قل المال وكثر العيال.

[القَوْلُ فِي أَرْكَانِ الوَصِيَّةِ]

وأركانها أربعة: صيغة، ومُوصِي، وموصى له، وموصى به، وأسقط المصنف من ذلك الصيغة وذكر البقية.

---

(١) ذكرها عقب الفرائض المتعلقة بالموت لأن الإجازة والرد والقبول وثلث المال إنما تعتبر بعد الموت وبهذا يجاب عن الاعتراض الآتي م ر وذكرها شيخ الإسلام في التحرير عقب الحوالة ومناسبتها للحوالة أن الحوالة تحوّل من ذمة إلى ذمة والوصيّة تحوّل الموصى به إلى الموصى له والشخص له حالتان حالة حياة وحالة موت فالحوالة انتقال في الحياة والوصية انتقال بعد الموت فالجامع بينهما مطلق الانتقال اهـ.

فائدة: قال الدميري رأيت بخط ابن الصلاح أبي عمر أن من مات بغير وصية لا يتكلم في مدة البرزخ وأن الأموات يتزاورون في قبورهم سواه فيقول بعضهم لبعض ما بال هذا فيقال مات من غير وصية اهـ ويمكن حمل ذلك على ما إذا مات من غير وصية واجبة بأن نذرها أو خرج مخرج الزجر.

(٢) أخرجه ابن ماجة (٢٧٠١) ذكر الهندي في المنتقى (٤٦٠٥١).

وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِالْمَعْلُوم وَالْمَجْهُولِ وَالْمَوْجُودِ وَالْمَعْدُوم،

وبدأ بالموصى به بقوله: (وتجوز الوصية) بالشيء (المعلوم) وإن قل كحبتي الحنطة وبنجوم الكتابة وإن لم تكن مستقرة وبالمكاتب وإن لم يقل: إن عجز نفسه، وبعبد غيره وإن لم يقل: إن ملكته، وبنجاسة يحل الانتفاع بها ككلب معلم أو قابل للتعلم، وبنحو زبل مما ينتفع به كسماد وجلد ميتة قابل للدباغ، وزيت نجس، وميتة لطعم الجوارح كما نقله القاضي أبو الطيب عن الأصحاب، وخمر محترمة لثبوت الاختصاص في ذلك، ولو أوصى بكلب من كلابه أعطى الموصى له أحدها فإن لم يكن له كلب يحل الانتفاع به لغت وصيته ولو كان له مال وكلاب وأوصى بها كلها أو ببعضها نفذت وصيته وإن كثرت الكلاب وقل المال، لأن المال خير من الكلاب.

(و) تجوز الوصية بالشيء (المجهول) عينه كأوصيت لزيد بمالي الغائب أو عبد من عبيدي، أو قدره كأوصيت له بهذه الدراهم، أو نوعه كأوصيت له بصاع حنطة، أو جنسه كأوصيت له بثوب، أو صفته كالحمل الموجود وكان ينفصل حياً لوقت يعلم وجوده عندها[1] لأن الوصية تحتمل الجهالة، وبما لا يقدر على تسليمه كالطير الطائر والعبد الآبق، لأن الموصى له يخلف الميت في ثلثه كما يخلفه الوارث في ثلثيه (و) تجوز بالشيء (الموجود) كأوصيت له بهذه المائة، لأنها إذا صحت بالمعدوم فبالموجود أولى (و) تجوز بالشيء (المعدوم) كأن يوصي بثمر أو حمل سيحدث، لأن الوصية احتمل فيها وجوه من الغرر رفقاً بالناس وتوسعة، ولأن المعدوم يصح تملكه بعقد السلم والمساقاة والإجارة، فكذا بالوصية تجوز بالمبهم كأحد عبديه، لأن الوصية[2] تحتمل الجهالة فلا يؤثر فيها الإبهام ويعين الوارث وتجوز بالمنافع المباحة

---

(١) بأن تلده لدون ستة أشهر من الوصية أو لأكثر منها ولأربع سنين فأقل ولم تكن فراشاً فإن ولدته لأكثر أو كانت فراشاً لم تصح الوصية. وهذا في حمل الآدمي أما حمل البهيمة فيرجع فيه لأهل الخبرة بالبهائم وقوله حياً أو ميتاً مضموناً كجنين الأمة بخلاف حمل الدابة إذا انفصل ميتاً فتبطل مطلقاً سواء كان مضموناً أو لا. والأرش للوارث حينئذ لا للموصى له ومحل الاحتياج لهذا كله إذا قال أوصيت بهذا الحمل الموجود أما لو أوصى بالحمل ولم يقل الموجود فيصح وإن لم يحدث إلا بعد الوصية.

(٢) علة لقوله وتجوز الوصية بالشيء المجهول وفيه أنه تعليل للشيء بنفسه يردّ ذلك بأن العلة احتمال =

وَهِيَ مِنَ الثُّلُثِ.

وحدها مؤقتة ومؤبدة ومطلقة، والإطلاق يقتضي التأبيد، لأنها أموال مقابلة بالأعواض كالأعيان. وتجوز بالعين دون المنفعة[1] وبالعين لواحد وبالمنفعة لآخر، وإنما صحت في العين وحدها لشخص مع عدم المنفعة فيها لإمكان صيرورة المنفعة له بإجارة أو إباحة أو نحو ذلك.

تنبيه ـ يشترط في الموصى به كونه مقصوداً كما في الروضة فلا تصح بما لا يقصد كالدم، وكونه يقبل النقل من شخص إلى شخص فما لا يقبل ـ النقل كالقصاص وحد القذف لا تصح الوصية به، لأنهما وإن انتقلا بالإرث لا يتمكن مستحقهما من نقلهما، نعم لو أوصى به لمن هو عليه صح كما صرحوا به في باب العفو عن القصاص.

[القَوْلُ فِي مِقْدَارِ الْوَصِيَّةِ]

(وهي) أي الوصية معتبرة (من الثلث) سواء أوصى به في صحته أو مرضه؛ لاستواء الكل وقت اللزوم حال الموت.

تنبيه ـ يعتبر المال الموصى بثلثه يوم الموت، لأن الوصية تمليك بعد الموت فلو أوصى بعبد ولا عبد له ثم ملك عند الموت عبداً تعلقت الوصية به ولو زاد ماله تعلقت الوصية به، ولا يخفى أن الثلث الذي تنفذ فيه الوصية هو الثلث الفاضل بعد الدين فلو كان عليه دين مستغرق لم تنفذ الوصية في الشيء لكنها تنعقد حتى ينفذها لو أبرأ الغريم أو قضى عنه الدين كما جزم به الرافعي وغيره، ويعتبر من الثلث تبرع نجز في مرضه الذي مات فيه كوقف وهبة وعتق وإبراء لخبر «إِنَّ اللَّهَ تَعَالى تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ»[2] رواه ابن ماجة وفي إسناده مقال، ولو وهب

= الجهالة أي اغتفارها وكان الأولى أن يعلل بما علل به في شرح الروض وهو أن الله تعالى أعطى عبده التصرف في ثلث ماله وقد لا يعرف ذلك في آخر عمره لغيبة أو مرض أو نحو ذلك.

(١) تصح بمرهون جعلاً وشرعاً ثم إن بيع في الدين بطلت وإلا فلا ويصح قبول الموصى له بعد الموت وقبل فك الرهن اعتباراً بما في نفس الأمر.

(٢) أخرجه أحمد ٦/ ٤٤١ والدارقطني ٤/ ١٥٠ والدولابي ٢/ ٦٨ وانظر نصب الراية ٤/ ٣٩٩ والتلخيص ٣/ ٩١.

في الصحة وأقبض في المرض اعتبر من الثلث أيضاً إذ لا أثر لتقدم الهبة. وخرج بتبرع ما لو استولد في مرض موته فإنه ليس تبرعاً بل إتلاف واستمتاع، فهو من رأس المال، وبمرضه تبرع نجز في صحة فيحسب من رأس المال لكن يستثنى من العتق في مرض الموت عتق أم الولد إذا أعتقها في مرض موته فإنه ينفذ من رأس المال كما سيأتي في محله إن شاء الله تعالى مع أنه تبرع نجز في المرض.

فائدة ـ قيمة ما يفوت على الورثة تعتبر بوقت التفويت في المنجز وبوقت الموت في المضاف إليه، وفيما يبقى للورثة يعتبر بأقل قيمة من يوم الموت إلى يوم القبض، لأنه إن كان يوم الموت أقل فالزيادة حصلت في ملك الوارث، أو يوم القبض أقل فما نقص قبله لم يدخل في يده فلا يحسب عليه، وكيفية اعتبارها من الثلث أنه إذا اجتمع في وصية تبرعات متعلقة بالموت وإن كانت مرتبة ولم يوف الثلث بها فإن تمحض العتق كأن قال: إذا مت فأنتم أحرار، أو غانم وسالم وبكر أحرار أقرع بينهم، فمن قرع عتق منه ما يفي بالثلث، ولا يعتق من كل بعضه لأن المقصود من العتق تخليص الشخص من الرق وإنما لم يعتبر ترتيبها مع إضافتها للموت لاشتراكها في وقت نفاذها وهو وقت الموت، نعم إن اعتبر الموصي وقوعها مرتبة كأن قال: أعتقوا سالماً بعد موتي، ثم غانماً، ثم بكراً قدم ما قدمه، لأن الموصي اعتبر وقوعها مرتبة من غيره فلا بد أن تقع كذلك بخلاف ما مر، أو تمحض تبرعات غير المعتق قسط الثلث على الجميع باعتبار القيمة أو المقدار، كما تقسط التركة بين أرباب الديون أو اجتمع عتق وغيره كأن أوصى بعتق سالم ولزيد بمائة قسط الثلث عليهما بالقيمة للعتق لاتحاد وقت الاستحقاق فإذا كانت قيمته مائة والثلث مائة عتق نصفه ولزيد خمسون، نعم لو دبر عبده وقيمته مائة وأوصى له بمائة وثلث ماله مائة فإنه يعتق كله ولا شيء للوصية على الأصح أو اجتمع تبرعات منجزة قدم الأول منها فالأول حتى يتم الثلث، سواء كان فيها عتق أم لا، ويتوقف ما بقي على إجازة الوارث، فإن وجدت هذه التبرعات دفعة إما منه أو بوكالة واتحد الجنس فيها كعتق عبيد أو إبراء جمع كقوله: أعتقتكم أو أبرأتكم أقرع في العتق خاصة حذراً من التشقيص وقسط بالقيمة في غيره كما مر. وإن كانت

فَإِنْ زَادَ وُقِفَ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ، وَلاَ تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِوَارِثٍ إِلاَّ أَنْ يُجِيزَهَا بَاقِي الْوَرَثَةِ.

التبرعات منجزة ومعلقة بالموت قدم المنجز، لأنه يفيد الملك حالاً، ولأنه لا يمكن الرجوع فيه.

فروع ـ لو قال: «إن أعتقت غانماً فسالم حر» فأعتق غانماً في مرض موته تعين للعتق إن خرج وحده من الثلث ولا إقراع، ولو أوصى بحاضر هو ثلث ماله وباقيه غائب لم يتسلط موصى له على شيء منه حالاً ولو أوصى بالثلث وله عين ودين دفع للموصى له ثلث العين، وكلما نض من الدين شيء دفع له ثلثه.

ويندب للموصي أن لا يوصي بأكثر من ثلث ماله والأولى أن ينقص منه شيئاً: لخبر الصحيحين: «الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ»[1].

(فإن زاد) على الثلث والزيادة عليه مكروهة وهو المعتمد كما قاله المتولي وغيره وإن قال القاضي وغيره إنها محرمة (وقف) الزائد (على إجازة الورثة) فتبطل الوصية بالزائد إن رده وارث خاص مطلق التصرف، لأنه حقه فإن لم يكن وارث خاص بطلت في الزائد، لأن الحق للمسلمين فلا مجيز، أو كان وهو غير مطلق التصرف فالظاهر كما بحثه بعضهم أنه إن توقعت أهليته وقف الأمر إليها، وإلا بطلت وعليه يحمل ما أفتى به السبكي من البطلان وإن أجازه فإجازته تنفيذ للوصية بالزائد.

حُكْمُ الْوَصِيَّةِ لِلْوَارِثِ

(ولا تجوز الوصية) أي تكره كراهة تنزيه (لوارث) خاص غير جائز بزائد على حصته لقوله ﷺ: «وَلاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ» رواه أصحاب السنن (إلا أن يجيزها باقي الورثة) المطلقين التصرف لقوله ﷺ: «لاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ إِلاَّ أَنْ يُجِيزَهَا بَاقِي الْوَرَثَةِ» رواه البيهقي بإسناد قال الذهبي: صالح، وقياساً على الوصية لأجنبي بالزائد على الثلث وخرج بخاص الوارث العام كما لو أوصى لإنسان بشيء ثم انتقل إرثه لبيت المال فإن ذلك يصرف إليه، ولا يحتاج إلى إجازة الإمام، وبغير حائز ما لو أوصى لحائز بماله

---

(١) أخرجه البخاري ٥/ ٣٦٣ (٢٧٤٢) (٦٧٣٣) ومسلم ٣/ ١٢٥٠ (١٦٢٨/٨،٥).

وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ مِنْ كُلِّ بَالِغٍ عَاقِلٍ

كله فإنها باطلة على الأصح، وبزائد على حصته ما لو أوصى لوارث بقدر إرثه فإن فيه تفضيلاً يأتي بين المشاع والمعين، وبالمطلقين التصرف ما لو كان فيهم صغير أو مجنون أو محجور عليه بسفه فلا تصح منه الإجازة ولا من وليه.

تنبيه ـ في معنى الوصية للوارث الوقف عليه وإبراؤه من دين عليه أو هبته شيئاً فإنه يتوقف على إجازة بقية الورثة، نعم يستثنى من الوقف صورة واحدة وهي ما لو وقف ما يخرج من الثلث على قدر نصيبهم كمن له ابن وبنت، وله دار تخرج من ثلثه فوقف ثلثيها على الابن وثلثها على البنت فإنه ينفذ، ولا يحتاج إلى إجازة في الأصح.

فائدة: من الحيل في الوصية للوارث أن يقول: أوصيت لزيد بألف إن تبرع لولدي بخمسمائة مثلاً، فإذا قبل لزمه دفعها إليه، ولا عبرة برد بقية الورثة وإجازتهم للوصية في حياة الموصي إذ لا استحقاق لهم قبل موته، والعبرة في كون الموصى له وارثاً بوقت الموت، فلو أوصى لأخيه فحدث له ابن قبل موته ـ صحت، أو أوصى لأخيه وله ابن فمات قبل موت الموصي فهي وصية للوارث. والوصية لكل وارث بقدر حصته شائعاً من نصف وغيره لغو؛ لأنه يستحقه بغير وصية وخرج بكل وارث ما لو أوصى لبعضهم بقدر حصته شائعاً كأن أوصى لأحد بنيه الثلاثة بثلث ماله فإنه يصح، ويتوقف على الإجازة، فإن أجيز أخذه وقسم الباقي بينهم بالسوية، والوصية لكل وارث بعين هي قدر حصته كأن أوصى لأحد ابنيه بعبد قيمته ألف وللآخر بدار قيمتها ألف وهما ما يملكه ـ صحيحة، كما لو أوصى ببيع عين من ماله لزيد، ولكن يفتقر إلى الإجازة في الأصح لاختلاف الأغراض بالأعيان ومنافعها.

ثم شرع في الركن الثاني وهو الموصي بقوله: (وتصح) أي تجوز (الوصية من كل) مالك (بالغ عاقل) حر مختار بالإجماع، لأنها تبرع ولو كان كافراً حربياً أو غيره أو محجوراً عليه بسفه أو فلس، لصحة عبارتهم واحتياجهم للثوب، فلا تصح من صبي ومجنون ومغمى عليه ورقيق ولو مكاتباً ومكره كسائر العقود، ولعدم ملك الرقيق أو ضعفه والسكران كالمكلف.

لِكُلِّ مُتَمَلِّكٍ

تنبيه ـ دخل في الكافر المرتد ـ فتصح وصيته، نعم إن مات أو قتل كافراً بطلت وصيته؛ لأن ملكه موقوف على الأصح.

والموصى له ـ وهو الركن الثالث ـ إما أن يكون معيناً أو غير معين وقد شرع المصنف رحمه الله تعالى في القسم الأول بقوله: (لكل متملك) أي بأن يتصور له الملك عند موت الموصي ولو بمعاقدة وليه، فلا تصح الوصية لدابة لأنها ليست أهلاً للملك، وقضية هذا أنها لا تصح لميت، وهو كذلك وقول الرافعي في باب التيمم «إنه لو أوصى بماء لأولى الناس به وهناك ميت قدم على المتنجس أو المحدث الحي على الأصح» ليس في الحقيقة وصية لميت، بل لوليه، لأنه الذي يتولى أمره، ويشترط فيه أيضاً عدم المعصية، وأن يكون معيناً، وأن يكون موجوداً، فلا تصح لكافر بمسلم لكونها معصية ولا لأحد هذين الرجلين للجهل به، نعم إن قال: «أعطوا هذا لأحد هذين» صح كما لو قال لوكيله: «بعد لأحد هذين» ولا لحمل سيحدث.

تنبيه ـ يؤخذ من اعتبار تصور الملك اشتراط كون الموصى به مملوكاً للموصي، فتمتنع الوصية بمال الغير، وهو قضية كلام الرافعي في الكتابة، وقال النووي: قياس الباب الصحة: أي يصير موصى به إذا ملكه قبل موته ولو فسر الوصية للدابة بالصرف في علفها صح، لأن علفها على مالكها فهو المقصود بالوصية، فيشترط قبوله، ويتعين الصرف إلى جهة الدابة رعاية لغرض الموصي، ولا يسلم علفها للمالك، بل يصرفه الوصي فإن لم يكن فالقاضي ولو بنائبه، وتصح لكافر ولو حربياً أو مرتداً، وقاتل بحق أو بغيره، كالصدقة عليهما والهبة لهما. وصورتها في القاتل أن يوصي لرجل فيقتله، ولحمل إن انفصل حياً حياة مستقرة لدون ستة أشهر منها، للعلم بأنه كان موجوداً عندها، أو لأكثر منه، ولأربع سنين فأقل منها ولم تكن المرأة فراشاً لزوج أو سيد، فإن كانت فراشاً له أو انفصل لأكثر من أربع سنين لم تصح الوصية، لاحتمال حدوثه معها أو بعدها في الأولى، ولعدم وجوده عندها في الثانية، وتصح لعمارة مسجد ومصالحه، ومطلقاً، وتحمل عند الإطلاق عليهما ـ عملاً بالعرف فإن قال «أردت تمليكه» فقيل: تبطل الوصية، وبحث الرافعي صحتها بأن للمسجد ملكاً، وعليه وقفاً، قال النووي: هذا هو الأفقه الأرجح.

وَفِي سَبِيلِ اللّٰهِ تَعَالَى.

ثم شرع في القسم الثاني، وهو الوصية لغير معين، بقوله (و) تجوز الوصية (في سبيل الله تعالى)، لأنه من القربات، وتصرف إلى الغزاة من أهل الزكاة لثبوت هذا الاسم لهم في عرف الشرع، ويشترط في الوصية لغير معين أن لا يكون جهة معصية كعمارة كنيسة للتعبد فيها، وكتابة التوراة والإنجيل وقراءتهما، وكتابة كتب الفلسفة وسائر العلوم المحرمة، ومن ذلك الوصية لدهن سراج الكنيسة تعظيماً لها أما إذا قصد انتفاع المقيمين والمجاورين بضوئها فالوصية جائزة وإن خالف في ذلك الأذرعي، وسواء أوصى بما ذكر مسلم أم كافر وإذا انتفت المعصية فلا فرق بين أن تكون قربة كالفقراء وبناء المساجد أو مباحة لا يظهر فيها قربة كالوصية للأغنياء وفك أسارى الكفار من المسلمين، لأن القصد من الوصية تدارك ما فات من حال الحياة من الإحسان فلا يجوز أن تكون معصية.

تنبيه ـ سكت المصنف رحمه الله تعالى عن الصيغة، وهي الركن الرابع وشرط فيها لفظ يشعر بالوصية، وفي معناه ما مر في الضمان وهي تنقسم إلى صريح كأوصيت له بكذا، أو أعطوه له، أو هو له، أو وهبته له بعد موتي في الثلاثة، وإلى كناية كقوله من مالي، ومعلوم أن الكناية تفتقر إلى النية، والكتابة كناية، فتنعقد بها مع النية كالبيع وأولى فلو اقتصر على قوله: «هو له» فقط، فإقرار لا وصية.

[الْقَوْلُ فِي لُزُومِ الْوَصِيَةِ بِالْمَوْتِ]

وتلزم الوصية بموت، ولكن مع قبول بعده، ولو بتراخٍ في موصى له معين، وإن تعدد، ولا يشترط القبول في غير معين كالفقراء، ويجوز الاقتصار على ثلاثة منهم ولا تجب التسوية بينهم، وإنما لم يشترط الفور في القبول، لأنه إنما يشترط في العقود التي يشترط فيها ارتباط القبول بالإيجاب ولا يصح قبول ولا رد في حياة الموصي، إذ لا حق له قبل الموت، فأشبه إسقاط الشفعة قبل البيع، فلمن قبل في الحياة الرد بعد الموت وبالعكس ويصح الرد بين الموت، والقبول، لا بعدهما وبعد القبض، وأما بعد القبول وقبل القبض فالأوجه عدم الصحة، كما صححه النووي في الروضة كأصلها، وإن صح في تصحيحه الصحة، فإن مات الموصى له قبل الموصي بطلت الوصية،

وَتَصُحُّ الْوَصِيَّةُ

لأنها قبل الموت غير لازمة فبطلت بالموت، وإن مات بعد الموصي وقبل القبول والرد ـ خلفه وارثه فيهما، فإن كان الوارث بيت المال فالقابل والرد هو الإمام، وملك الموصى له المعين للموصى به الذي ليس بإعتاق بعد موت الموصي وقبل القبول موقوف، إن قبل بان أنه ملكه بالموت، وإن رد بان أنه للوارث، ويتبعه في الوقف الفوائد الحاصلة من الموصى به كثمرة وكسب، والمؤنة ولو فطرة، ويطالب الوارث الموصى له أو الرقيق الموصى به أو القائم مقامهما من ولي ووصي بالمؤن إن توقف في قبول ورد، كما لو امتنع مطلق إحدى زوجتيه من التعيين فإن لم يقبل أو لم يرد، خيره الحاكم بين القبول والرد، فإن لم يفعل حكم بالبطلان، كالمتحجر إذا امتنع من الإحياء أما لو أوصى بإعتاق رقيق فالملك فيه للوارث إلى إعتاقه فالمؤنة عليه.

وللموصي رجوع عن وصيته، ومن بعضها بنحو: نقضتها كأبطلتها، وبنحو قوله: «هذا لوارثي» مشيراً إلى الموصى به، وبنحو بيع ورهن وكتابة لما وصى به ولو بلا قبول، وبوصية بذلك وتوكيل به وعرض عليه وخلطه براً معيناً وصى به، وخلطه صبرة وصى بصاع منها بأجود منها وطحنه براً وصى به، وبذره له وعجنه دقيقاً وصى به، وغزله قطناً وصى به نسجه غزلاً وصى به، وقطعه ثوباً وصى به قميصاً، وبنائه وغراسه بأرض وصى بها.

[الْقَوْلُ فِي الإِيصَاءِ وَشُرُوطِ الْوَصِيِّ]

ثم شرع في الإيصاء ـ وهو إثبات تصرف مضاف لما بعد الموت بقوله (وتصح الوصية) بمعنى الإيصاء في التصرفات المالية المباحة، يقال: أوصيت لفلان بكذا، وأوصيت إليه ووصيته، إذا جعلته وصياً.

وقد أوصى ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فكتب «وصيتي إلى الله تعالى وإلى الزبير وابنه عبدالله».

وأركان الإيصاء أربعة: موص، ووصي، وموصى فيه، وصيغة.

وشرط في الموصي بقضاء حق كدين وتنفيذ وصية ورد وديعة وعارية ما مر في الموصي بمال، وقد مر بيانه.

إِلَى مَنِ اجْتَمَعَتْ فِيهِ خَمْسُ خِصَالٍ: الإِسْلَامُ، وَالْبُلُوغُ، والْعَقْلُ، وَالْحُرِّيَّةُ، والأَمَانَةُ.

وشرط في الموصي بنحو أمر طفل كمجنون ومحجور سفه مع ما مر ـ ولاية له عليه ابتداء من الشرع، بتفويض، فلا يصح الإيصاء ممن فقد شيئاً من ذلك كصبي ومجنونٍ ومكره ومن به رق وأم وعم ووصي لم يؤذن له فيه.

ويصح الإيصاء (إلى من اجتمعت فيه خمس خصال) عند الموت، وترك سادساً وسابعاً كما ستعرفه: الأول (الإسلام) في مسلم (و) الثاني (البلوغ) والثالث (العقل و) الرابع (الحرية و) الخامس (الأمانة) وعبر بعضهم عنها بالعدالة ولو ظاهرة وكلاهما صحيح، السادس: الاهتداء إلى التصرف كما هو الصحيح في الروضة والسابع: عدم عداوة منه للمولى عليه، وعدم جهالة، فلا يصح الإيصاء إلى من فقد شيئاً من ذلك كصبي ومجنون وفاسق ومجهول ومن به رق أو عداوة وكافر على مسلم، ومن لا يكفي في التصرف لسفه أو هرم أو لغيره لعدم الأهلية في بعضهم، وللتهمة في الباقي، ويصح الإيصاء إلى كافر معصوم عدل في دينه على كافر، واعتبرت الشروط عند الموت، لا عند الإيصاء ولا بينهما، لأنه وقت التسلط على القبول، حتى لو أوصى لمن خلا عن الشروط أو بعضها كصبي ورقيق ثم استكملها عند الموت صح، ولا يضر عمى لأن الأعمى متمكن من التوكيل فيما لا يتمكن منه ولا أنوثة لما في سنن أبي داود أن عمر رضي ـ الله عنه «أوصى إلى حفصة» والأم أولى من غيرها إذا حصلت الشروط فيها عند الموت، وينعزل ولي بفسق، لا إمام لتعلق المصالح الكلية بولايته.

وشرط في الموصى فيه كونه تصرفاً مالياً مباحاً، فلا يصح الإيصاء في تزويج، لأن غير الأب والجد لا يزوج الصغير والصغيرة، ولا في معصية كبناء كنيسة لمنافاتها له لكونه قربة.

وشرط في الصيغة إيجاب بلفظ يشعر بالإيصاء، وفي معناه ما مر في الضمان: كأوصيت إليك، أو فوضت إليك، أو جعلتك وصياً، ولو كان الإيجاب مؤقتاً ومعلقاً: كأوصيت إليك إلى بلوغ ابني، أو قدوم زيد فإذا بلغ أو قدم فهو الوصي، لأنه يحتمل الجهالات والأخطار، وقبول، كوكالة فيكتفي بالعمل، ويكون القبول بعد الموت متى

. . . .

شاء كما في الوصية بمال مع بيان ما يوصي فيه، فلو اقتصر على «أوصيت إليك» مثلاً لغا.

تتمة ـ يسن إيصاء بأمر نحو طفل كمجنون وبقضاء حق إن لم يعجز عنه حالاً أو عجز وبه شهود. ولا يصح الإيصاء من أب على نحو طفل والجد بصفة الولاية عليه، لأن ولايته ثابتة شرعاً، ولو أوصى اثنين وقبلا لم ينفرد أحدهما بالتصرف إلا بإذنه له بالانفراد عملاً بالإذن، نعم له الانفراد برد الحقوق وتنفيذ وصية معينة وقضاء دين في التركة جنسه، وإن لم يأذن له.

ولكل من الموصي والوصي رجوع عن الإيصاء متى شاء، لأنه عقد جائز إلا أن يتعين الوصي، أو يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من قاض وغيره، فليس له الرجوع، وصدق بيمينه ولي، وصياً كان أو قيماً أو غيره، في إنفاق على موليه لائق بالحال، لا في دفع المال إليه بعد كماله فلا يصدق، بل المصدق موليه، إذ لا يعسر إقامة البينة عليه، بخلاف الإنفاق ولو قال: «أوصيت إلى الله تعالى وإلى زيد» حمل ذكر الله تعالى على التبرك ولو خاف الوصي على المال من استيلاء ظالم فله تخليصه بشيء منه والله يعلم المفسد من المصلح، قال الأذرعي: ومن هذا ما لو علم أنه لو لم يبذل شيئاً لقاضي سوء انتزع منه المال، وسلمه لبعض خونته، وأدى ذلك إلى استئصاله ويقرب من ذلك قول ابن عبدالسلام: يجوز تغييب مال اليتيم أو السفيه أو المجنون لحفظه إذا خيف عليه الغصب، كما في قصة الخضر، عليه السلام نفعنا الله ببركته في الدنيا والآخرة، آمين.

كِتَـــابُ النِّكَاح
(وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنَ الأَحْكَامِ وَالْقَضَايَا)

كِتَـــابُ[1] النِّكَـــاحِ

هو لغة: الضم والجمع، ومنه «تناكحت الأشجار» إذا تمايلت وانضم بعضها إلى بعض، وشرعاً: عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته.

والعرب تستعمله بمعنى العقد والوطء جميعاً، ولأصحابنا في موضوعه الشرعي ثلاثة أوجه: أصحها أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء كما جاء به القرآن والأخبار، ولا يرد على ذلك قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] لأن المراد العقد، والوطء مستفاد من خبر الصحيحين: «حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ ويَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ»[2].

وعقد النكاح لازم من جهة الزوجة، وكذلك من جهة الزوج على الأصح وهل كل من الزوجين معقود عليه أو الزوجة فقط؟ وجهان أوجههما الثاني وهل هو ملك أو إباحة؟ وجهان أوجههما الثاني أيضاً.

والأصل في حله الكتاب والسنة وإجماع الأمة، فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ﴾ [النور: ٣٢] وَمِنَ السُّنَّةِ قوله ﷺ: «مَنْ أَحَبَّ فِطْرَتِي فَلْيَسْتَنَّ بِسُنَّتِي وَمِنْ سُنَّتِي النِّكَاحُ»[3].

---

(١) قدم العبادات لأنها أهم ثم المعاملات لأن الاحتياج إليها أهم ثم ذكروا الفرائض في أول النصف الثاني للإشارة إلى أنها نصف العلم كما في الحديث. ثم النكاح لأنه يكون بعد استيفاء شهوة البدن ثم الجنايات لأنها تقع بعد استيفاء شهوتي البطن والفرج. والنكاح من الشرائع القديمة من لدن آدم ويبقى له أثر في الجنة أيضاً.

(٢) أخرجه البخاري ٥/ ٢٤٩ (٢٦٣٩) ومسلم ٢/ ١٠٥٥ (١١١/ ١٤٣٣).

(٣) أخرجه عبدالرزاق (١٠٣٧٨) والبيهقي ٧/ ٧٨.

والنِكَاحُ مستَحَبٌّ

وزاد المصنف في الترجمة (وما يتعلق به من) بعض (الأحكام) كصحة وفساد (و) من (القضايا) الآتي ذكر بعضها في الفصول الآتية.

القَوْلُ فِي حُكْمِ النِّكَاحِ

(والنكاح) بمعنى التزويج (مستحب) لتائق له بتوقانه للوطء إن وجد أهبته من مهر وكسوة فصل التمكين ونفقة يومه تحصيناً لدينه، سواء أكان مشتغلاً بالعبادة أم لا. فإن فقد أهبته فتركه أولى، وكسر إرشاد توقانه بصوم لخبر «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ»[١] أي قاطع لتوقانه والباءة ـ بالمد ـ مؤن النكاح، فإن لم ينكسر بالصوم فلا يكسره بالكافور ونحوه، بل يتزوج، وكره النكاح لغير التائق له لعلة أو غيرها إن فقد أهبته أو وجدها وكان به علة كهرم وتعنين لانتفاء حاجته مع التزام فاقد الأهبة ما لا يقدر عليه، وخطر القيام بواجبه فيما عداه، وإن وجدها ولا علة به فتخلّ لعبادة أفضل من النكاح إن كان متعبداً اهتماماً بها، فإن لم يتعبد فالنكاح أفضل من تركه لئلا تفضي به البطالة إلى الفواحش، ويستثنى من إطلاق المصنف ما لو كان في دار الحرب فإنه لا يستحب له النكاح وإن اجتمعت فيه الشروط كما نص عليه الشافعي رضي الله تعالى عنه وعلله بالخوف على ولده من الكفر والاسترقاق.

تنبيه ـ نص في الأم وغيره على أن المرأة التائقة يسن لها النكاح، وفي معناها المحتاجة إلى النفقة والخائفة من اقتحام الفجرة، ويوافقه ما في التنبيه من أن من جاز لها النكاح إن كانت محتاجة إليه استحب لها النكاح، وإلا كره فما قيل «إنه يستحب لها ذلك مطلقاً» مردود.

ويسن أن يتزوج ببكر، لخبر الصحيحين عن جابر ـ رضي الله تعالى عنه ـ «هَلاَّ بِكْراً تُلاَعِبُهَا وَتُلاَعِبُكَ» إلا لعذر كضعف آلته عن الافتضاض أو احتياجه لمن يقوم على عياله، دينة لا فاسقة، جميلة لورود خبر الصحيحين: «تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لأَرْبَعٍ: لِمَالِهَا،

---

(١) أخرجه البخاري ٩/ ١١٢ (٥٠٦٦) ومسلم ٢/ ١٠١٨ (١/ ١٤٠٠).

لِمَنْ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ، وَيَجُوزُ لِلْحُرِّ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ أَرْبَعِ حَرَائِرَ

وَلِجَمَالِهَا، وَلِحَسَبِهَا، وَلِدِينِهَا. فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّين تَرِبَتْ يَدَاكَ»[(١)] أي: افتقرت إن لم تفعل واستغنيت إن فعلت، وخبر: «تَزَوَّجُوا الْوَلُودَ الْوَدُودَ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمُ الْأُمَمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»[(٢)] ويعرف كون البكر ولوداً بأقاربها، نسيبة أي طيبة الأصل لخبر: «تَخَيَّرُوا لِنُطْفِكُمْ»[(٣)]غير ذات قرابة قريبة: بأن تكون أجنبية أو ذات قرابة بعيدة لضعف الشهوة في القريبة فيجيء الولد نحيفاً (ويجوز للحر أن يجمع) في نكاح (بين أربع حرائر) فقط، لقوله تعالى ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء: ٣] ولقوله ﷺ لغيلان وقد أسلم وتحته عشر نسوة: «أَمْسِكْ أَرْبَعاً، وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ»[(٤)] وإذا امتنع في الدوام ففي الابتداء أولى.

فائدة ـ ذكر ابن عبدالسلام أنه كان في شريعة موسى عليه السلام الجواز من غير حصر تغليباً لمصلحة الرجال، وفي شريعة عيسى عليه السلام لا يجوز غير واحدة تغليباً لمصلحة النساء وراعت شريعة نبيّنا محمد ﷺ وعلى سائر الأنبياء والمرسلين مصلحة النوعين قال ابن النقيب: والحكمة في تخصيص الحر بأربع أن المقصود من النكاح الألفة والمؤانسة، وذلك يفوت مع الزيادة على الأربع، ولأنه بالقسم يغيب عن كل واحدة منهن ثلاث ليال وهي مدة قريبة. اهـ.

وقد تتعين الواحدة للحر، وذلك في كل نكاح يتوقف على الحاجة كالسفيه والمجنون وقال بعض الخوارج: الآية تدل على جواز تسع مثنى باثنين وثلاث بثلاث ورباع بأربع، ومجموع ذلك تسع وبعض منهم قال تدل على ثمانية عشرة مثنى اثنين

---

(١) البخاري ٩/ ١٣٢ (٥٠٩٠) ومسلم ٢/ ١٠٨٦ (٥٣/ ١٤٦٦).

(٢) أخرجه من حديث معقل بن يسار أبو داود ٢/ ٥٤٢ (٢٠٥٠) والنسائي ٦/ ٦٥ والحاكم ٢/ ١٦٢ ومن رواية أنس أحمد ٣/ ٢٤٥.

(٣) ضعيف أخرجه ابن ماجة (١٩٦٨) والبيهقي ٧/ ١٣٣ وأبو نعيم ٣/ ٣٧٧ والخطيب في التاريخ ١/ ٢٦٤ والدارقطني ٣/ ٢٩٩ والرازي في العلل (١٢٠٨).

(٤) أخرجه الشافعي في المسند ٢/ ١٦ (٤٣) وأحمد ٢/ ٤٤ والترمذي ٣/ ٤٣٥ (١١٢٨) وابن ماجة ١/ ٦٢٨ (١٩٥٣) والدارقطني ٣/ ٢٦٩ (٩٤) والحاكم ٢/ ١٩٢ والبيهقي ٧/ ١٨١.

وَلِلْعَبْدِ بَيْنَ اثْنَتَيْنِ.

وَلاَ يَنْكِحُ الحُرُّ أَمَةً إِلاَّ بِشَرْطَيْنِ: عَدَمُ صَدَاقِ الحُرَّةِ

اثنين وثلاث ثلاثة ثلاثة ورباع أربعة أربعة، ومجموع ذلك ما ذكر، وهذا خرق للإجماع.

تنبيه ـ استفيد من تقييد المصنف بالحرائر جواز الجمع بين الإماء بملك اليمين من غير حصر، سواء أكن مع الحرائر أم منفردات، وهو كذلك لإطلاق قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣].

(و) يجوز (للعبد) أن يجمع (بين اثنتين) فقط، لأن الحكم بن عتيبة نقل إجماع الصحابة فيه، ولأنه على النصف من الحر، ولأن النكاح من باب الفضائل فلم يلحق العبد فيه بالحر كما لم يلحق الحر بمنصب النبوّة في الزيادة على الأربع والمبعض كالقن كما صرح به أبو حامد والماوردي وغيرهما.

فلو نكح الحر خمساً مثلاً بعقد واحد أو العبد ثلاثاً كذلك بطلن إذ ليس إبطال نكاح واحدة منهن بأولى من الأخرى فبطل الجميع كما لو جمع بين أختين أو مرتباً فالخامسة للحر والثالثة للعبد يبطل نكاحها؛ لأن الزيادة على العدد الشرعي حصلت بها.

(ولا ينكح الحر أمة) لغيره (إلا بشرطين) بل بثلاثة وإن عم الثالث الحر وغيره واختص بالمسلم.

أول الثلاثة: (عدم) قدرته على (صداق الحرة) ولو كتابية تصلح تلك الحرة للاستمتاع بها أو قدر على صداقها ولم يجدها أو وجدها ولم ترض إلا بزيادة على مهر مثلها، أو لم ترض بنكاحه لقصور نسبه ونحوه، أو كانت تحته من لم تصلح للاستمتاع كصغيرة لا تحتمل الوطء أو رتقاء أو قرناء أو هرمة أو نحو ذلك، فلو قدر على حرة غائبة عن بلده حلت له الأمة إن لحقته مشقة ظاهرة في قصدها، وضبط الإمام المشقة بأن ينسب متحملها في طلب الزوجة إلى الإسراف ومجاوزة الحد، أو خاف زنا مدة قصد الحرة، وإلا فلا تحل له الأمة ويجب السفر للحرة، لكن محله كما قال الزركشي إذا أمكن انتقالها معه إلى وطنه، وإلا فهي كالمعدومة لما في تكليفه المقام

وَخَوْفُ العَنَتِ.

معها هناك من التغريب والرخص لا تحتمل هذا التضييق، ولا يمنع ماله الغائب نكاح الأمة ولو قدر على حرة ببيع مسكنه حلت له الأمة، ولو وجد حرة ترضى بمؤجل ولم يجد المهر أو ترضى بدون مهر المثل وهو واجده حلت له الأمة في الصورة الأولى، لأن ذمته تصير مشغولة في الحال وقد لا يجده عند حلول الأجل: دون الصورة الثانية، لقدرته على نكاح حرة، والمنة في ذلك قليلة إذ العادة المسامحة في المهور، ولو رضيت حرة بلا مهر حلت له الأمة أيضاً لوجوب مهرها بالوطء.

(و) ثاني الشروط (خوف العنت) وهو الوقوع في الزنا، بأن تغلب شهوته وتضعف تقواه، وإن لم يغلب على ظنه وقوع الزنا، بل توقعه لا على ندور فمن ضعفت شهوته وله تقوى أو مروءة أو حياء يستقبح معه الزنا وقويت شهوته وتقواه لم تحل له الأمة، لأنه لا يخاف الزنا، فلا يجوز له أن يرق ولده لقضاء وطر أو كسر شهوة، وأصل العنت المشقة، سمي به الزنا لأنه سببها بالحد في الدنيا، والعقوبة في الآخرة.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٢٥] والطول: السعة والمراد بالمحصنات الحرائر، قال الروياني: وبالعنت عمومه لا خصوصه حتى لو خاف العنت من أمه بعينها لقوة ميله إليها وحبه لها فليس له أن يتزوجها إذا كان واجداً، للطول، لأن العشق لا معنى لاعتباره هنا، لأن هذا تهييج من البطالة وإطالة الفكر، وكم من إنسان ابتلى به وسلاه اهـ، والوجه ترك التقيد بوجود الطول لأنه يقتضي جواز نكاحها عند فقد الطول فيفوت اعتبار عموم العنت، مع أن وجود الطول كافٍ في المنع من نكاحها.

وبهذا الشرط علم أن الحر لا ينكح أمتين، وأن الممسوح والمجبوب ذكره لا يحل له نكاح الأمة مطلقاً، وهو كذلك، إذ لا يتصور منه الزنا.

ولو وجدت الأمة زوجها مجبوباً وأرادت إبطال النكاح وادعى الزوج حدوث الجب بعد النكاح وأمكن حكم بصحة نكاحه فإن لم يمكن حدوثه بأن كان الموضع مندملاً وقد عقد النكاح أمس حكم ببطلان النكاح.

وَنَظَرُ الرَّجُلِ إِلَى الْمَرْأَةِ عَلَى سَبْعَةِ أَضْرُبٍ:

والشرط الثالث إسلامها لمسلم حر أو غيره كما مر، فلا تحل له كتابية أما الحر فلقوله تعالى: ﴿فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] وأما غير الحر فلأن المانع من نكاحها كفرها فساوى الحر كالمرتدة والمجوسية ومن بعضها رقيق وباقيها حر حكمها كرقيق كلها فلا ينكحها الحر إلا بالشروط السابقة لأن إرقاق بعض الولد محذور، وفي جواز نكاح أمة مع تيسر مبعضة تردد للإمام لأن إرقاق بعض الولد أهون من إرقاق كله وعلى تعليل المنع اقتصر الشيخان قال الزركشي وهو المرجح، أما غير المسلم من حر وغيره ككتابيين فيحل له أمة كتابية لاستوائهما في الدين. ولا بد في نكاح الحر الكتابي الأمة الكتابية من أن يخاف الزنا ويفقد الحرة كما فهمه السبكي من كلامهم واعلم أنه لا يحل للحر مطلقاً نكاح أمة ولده ولا أمة مكاتبه، ولا أمة موقوفة عليه ولا موصى له بخدمتها.

[القَوْلُ فِي أَنْوَاعِ النَّظَرِ إِلَى الْمَرْأَةِ]

(ونظر الرجل) الفحل البالغ العاقل (إلى المرأة) ولو غير مشتهاة (على سبعة أضرب)[1] بتقديم السين على الموحدة، فخرج بقيد الرجل المرأة وسيأتي حكم نظرها لمثلها لكن عبارته توهم خروج الخنثى المشكل، والصحيح أن حكمه في النظر حكم الرجل الفحل، وبقيد الفحل الممسوح[2] فنظره إلى الأجنبية جائز عى الأصح كنظر الفحل إلى محارمه.

---

(١) المقصود من هذه السبعة هو النظر لأجل النكاح وأما ذكر بقية الأقسام فللمناسبة وتكميل الفائدة. ووجه التقسيم أنه إما أن يمتنع مطلقاً وذلك في الأجنبية وإما أن يجوز مطلقاً وذلك في الزوجة والأمة، وإما أن يجوز لما عدا ما بين السرة والركبة وذلك في المحارم والأمة المزوّجة أو المعتدة أو نحوها وإما أن يجوز لأجل الخطبة وذلك للوجه والكفين فقط. وإما أن يجوز لأجل المداواة وذلك في محل الحاجة وإما للمعاملة والشهادة وذلك للوجه فقط. فإن كان للشهادة على رضاع أو زنا فبالنظر لذلك المحل وإما أن يكون لتقليب أمة يريد شراءها وذلك إلى المواضع التي يحتاج إلى تقليبها من البدن ما عدا ما بين السرة والركبة.

(٢) هذا يقتضي أن المراد بالفحل ما عدا الممسوح وقوله الآتي شمل قول المصنف الرجل الفحل والخصي والمجبوب والعنين والشيخ الهرم والمخنث يقتضي أن المراد بالفحل ما عدا الخمسة =

أَحَدُهَا، نَظَرُهُ إِلَى أَجْنَبِيَّةٍ لِغَيْرِ حَاجَةٍ، فَغَيْرُ جَائِزٍ.

تنبيه ـ شمل قول المصنف «الرجل» الفحل، الخصي وهو: من قلعت أنثياه وبقي ذكره والمجبوب ـ بالموحدة ـ وهو: من قطع ذكره وبقي أنثياه، والعنين والشيخ الهرم، والمخنث وهو بكسر النون على الأفصح المتشبه بالنساء.

وبقيد البالغ الصبي ولو مميزاً، لكن المراهق هنا كالبالغ على الأصح، وبقيد العاقل المجنون، فنظره لا يوصف بتحريم كالبهيمة.

(أحدها: نظره) أي الرجل (إلى) بدن امرأة (أجنبية) غير الوجه والكفين ولو غير مشتهاة قصداً (لغير حاجة) مما سيأتي (فغير جائز) قطعاً، وإن أمن الفتنة. وأما نظره إلى الوجه والكفين فحرام عند خوف فتنة تدعو إلى الاختلاء بها لجماع، أو مقدماته بالإجماع كما قاله الإمام، ولو نظر إليهما بشهوة وهو قصد التلذذ بالنظر المجرد وأمن الفتنة حرم قطعاً، وكذا يحرم النظر إليهما عند الأمن من الفتنة فيما يظهر له من نفسه من غير شهوة على الصحيح كما في المنهاج كأصله، ووجهه الإمام باتفاق المسلمين على منع النساء من الخروج سافرات الوجوه وبأن النظر مظنة الفتنة ومحرك للشهوة، وقد قال تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ [النور: ٣٠] واللائق بمحاسن الشريعة سد الباب والإعراض عن تفاصيل الأحوال كالخلوة بالأجنبية، وقيل: لا يحرم لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ[1] إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] وهو مفسر بالوجه

= التي بعده لأن العطف يقتضي المغايرة ففي كلام الشارح تناقض ثم رأيت لبعضهم ما نصه قوله وبقيد الفحل الخ. يقتضي أن مقابل الفحل الممسوح فقط وأن المجبوب والخصي من الفحل وكلامه في التنبيه الآتي يقتضي أن الثلاثة تقابل الفحل فتناقض كلامه. وما في التنبيه هو المطابق للغة فكان عليه أن يقول وبقيد الفحل غيره ففيه تفصيل فإن كان ممسوحاً فجائز نظره وإن كان خصياً أو مجبوباً فكالفحل. ولعل اقتصار الشارح في الإخراج على الممسوح إشارة إلى أنه المقصود بالإخراج وأن في مفهوم الفحل تفصيلاً فلا يناقض ما ذكر في التنبيه.

(١) أي مواضعها أو أنه أطلق الزينة على محلها مجازاً وقوله «إلا ما ظهر منها» أي إلا ما غلب ظهوره فاندفع ما يقال إن في الآية تحصيل الحاصل لأن المعنى إلا ما ظهر منها فيبدينه أي يظهرنه مع أنه ظاهر فالجواب ما تقدم؛ هذا واعترض بأن هذه واردة في عورة الصلاة. وأجيب بأن الاستدلال بها على القول بأنها عامة للصلاة وغيرها.

وَالثَّانِي: نَظَرُهُ إِلَى زَوْجَتِهِ أَوْ أَمَتِهِ، فَيَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا عَدَا الفَرْجِ مِنْهُمَا.

والكفين ونسبه الإمام للجمهور، والشيخان للأكثرين، وقال في المهمات إنه الصواب لكون الأكثرين عليه، وقال البلقيني: الترجيح بقوة المدرك، والفتوى على ما في المنهاج اهـ، وكلام المصنف شامل لذلك وهو المعتمد، وخرج بقيد القصد ما إذا حصل النظر اتفاقاً فلا إثم فيه.

(و) الضرب (الثاني نظره) أي الرجل (إلى) بدن (زوجته، أو) إلى بدن (أمته) التي يحل له الاستمتاع بها ـ (فيجوز) حينئذ (أن ينظر إلى) كل بدنهما حال حياتهما، لأنه يحل استمتاعه (ما عدا الفرج) المباح (منهما،) فلا يجوز جوازاً مستوي الطرفين، فيكره النظر إليه بلا حاجة وإلى باطنه أشد كراهة، قالت عائشة رضي الله عنها: «مَا رَأَيْتُ مِنْهُ وَلاَ رَأَى مِنِّي» أي الفرج، وأما خبر: «النَّظَرُ إِلَى الفَرْجِ يُورِثُ الطَّمْسَ»[1] أي العمى، كما ورد كذلك فرواه ابن حبان وغيره في الضعفاء، بل ذكره ابن الجوزي في الموضوعات، وقال ابن عدي: حديث منكر، حكاه عنه ابن القطان في كتابه المسمى: «النظر في أحكام النظر» وخالف ابن الصلاح وحَسَّنَ إسناده وقال: أخطأ من ذكره في الموضوعات ومع ذلك هو محمول على الكراهة كما قاله الرافعي، وإن كان كلام المصنف يوهم الحرمة واختلفوا في قوله «يورث العمى» فقيل في الناظر وقيل في الولد، وقيل في القلب ونظر الزوجة إلى زوجها كنظره إليها.

تنبيه ـ شمل كلاً منهم الدبر، وقول الإمام: «والتلذذ بالدبر بلا إيلاج جائز» صريح فيه، وهو المعتمد، وإن خالف في ذلك الدارمي وقال بحرمة النظر إليه ويستثنى زوجته المعتدة عن وطء الغير بشبهة فإنه يحرم عليه نظر ما بين: السرة والركبة، ويحل ما سواه على الصحيح، وقال الزركشي: ولا يجوز للمرأة أن تنظر عورة زوجها إذا منعها منه، بخلاف العكس لأنه يملك التمتع بها، بخلاف العكس انتهى وهذا ظاهر، وإن توقف فيه بعضهم، وخرج بقيد الحياة ما بعد الموت فيصير الزوج في النظر حينئذ كالمحرم كما قال في المجموع، ومقتضى التشبيه بالمحرم أنه يحرم النظر إليها

---

(١) انظر التلخيص لابن حجر ٣/ ١٤٩.

وَالثَّالِثُ: نَظَرُهُ إِلَى ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ أَوْ أَمَتِهِ المُزَوَّجَةِ، فَيَجُوزُ فِيمَا عَدَا مَا بَيْنَ السُّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ، والرَّابِعُ: النَّظَرُ لأَجْلِ النِّكَاحِ، فَيَجُوزُ

بشهوة في غير ما بين السرة والركبة، وإلى ما بينهما بغير شهوة، ومثل الزوج السيد في أمته التي يحل له الاستمتاع بها، أما التي لا يحل له فيها ذلك بكتابة أو تزويج أو شركة أو كفر كتوثن وردة وعدة من غيره ونسب ورضاع ومصاهرة[1] ونحو ذلك فيحرم عليه نظره منها إلى ما بين سرة وركبة، دون ما زاد، أما المحرمة بعارض[2] قريب الزوال كحيض ورهن فلا يحرم نظره إليها[3].

(و) الضرب (الثالث: نظره إلى ذوات محارمه) من نسب أو رضاع أو مصاهرة (و) إلى (أمته المزوجة) ومثلها التي يحرم الاستمتاع بها كالمكاتبة والمعتدة والمشكرة والمرتدة والمجوسية والوثنية (فيجوز) بغير شهوة (فيما عدا ما بين السرة والركبة) منهن، لأن المحرمية معنى يوجب حرمة المناكحة فكانا كالرجلين والمرأتين، والمانع المذكور في الأمة صيرها كالمحرم أما ما بين السرة والركبة فيحرم نظره في المحرم إجماعاً، ومثل المحرم الأمة المذكورة وأما النظر إلى السرة والركبة فيجوز، لأنهما ليسا بعورة بالنسبة لنظر المحرم والسيد، فهذه العبارة أولى من عبارة ابن المقري تبعاً لغيره مما فوق السرة وتحت الركبة، وخرج بقيد عدم الشهوة النظر بها فيحرم مطلقاً في كل ما لا يباح له الاستمتاع به، ولكن النظر في الخطبة يجوز ولو بشهوة كما سيأتي في قوله.

(و) الضرب (الرابع النظر) المسنون (لأجل النكاح فيجوز) بل يسنّ إذا قصد

---

(١) بأن كانت أم زوجته أو زوجة أبيه أو ابنه أو بنت زوجته.

(٢) مقابل لمحذوف تقديره هذا إذا كان المانع غير زائل أو بعيد الزوال كما في الأمثلة أما المحرمة الخ، وقال بعضهم قوله أما المحرمة بعارض الخ محترز قوله بكتابة أو تزويج الخ لكن يلزم عليه أن يكون هذا راجعاً للأمة فقط مع أنه عام فيها وفي الزوجة وذلك لأن قوله بكتابه الخ خاص بالأمة. والحاصل أن قوله أما المحرمة بعارض راجع لكل من الزوجة والأمة فقوله كحيض راجع لهما وقوله ورهن راجع للأمة.

(٣) أي لكل بدنها ولو بشهوة، وأما مس الحائض فيجوز لما عدا ما بين السرة والركبة دون ما بينهما وأما المرهونة فيجوز كل من النظر والمس لكل بدنها.

إِلَى الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ. وَالْخَامِسُ: النَّظَرُ لِلْمُدَاوَاةِ، فَيَجُوزُ إِلَى الْمَوَاضِعِ الَّتِي يَحْتَاجُ إِلَيْهَا؛

نكاحها ورجاه وجاء ظاهراً أنه يجاب إلى خطبته كما قال ابن عبدالسلام لقوله ﷺ للمغيرة بن شعبة وقد خطب امرأة: «اُنْظُرْ إِلَيْها فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَكُمَا الْمَوَادَةُ وَالْأُلْفَةُ»[١] ومعنى يؤدم، أي يدوم فقدم الواو على الدال، وقيل من الإدام مأخوذ من إدام الطعام لأنه يطيب به، حكى الأول الماوردي عن المحدثين، والثاني عن أهل اللغة، ووقت النظر قبل الخطبة وبعد العزم على النكاح، لأنه قبل العزم لا حاجة إليه وبعد الخطبة قد يفضي الحال إلى الترك فيشق عليها، ولا يتوقف النظر على إذنها ولا إذن وليها اكتفاء بإذن الشارع، ولئلا تتزين فيفوت غرضه، وله تكرير نظره إن احتاج إليه ليتبين هيئتها. فلا يندم بعد النكاح، والضابط في ذلك الحاجة. ولا يتقيد بثلاث مرات، وسواء أكان بشهوة أو بغيرها كما قاله الإمام والروياني، وإن قال الأذرعي في نظره بشهوة نظر، وينظر في الحرة (إلى) جميع (الوجه والكفين) ظهراً وبطناً، لأنهما مواضع ما يظهر من الزينة المشار إليها في قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] ولا يجوز أن ينظر إلى غير ذلك، والحكمة في الاقتصار عليه أن في الوجه ما يستدل به على الجمال، وفي اليدين ما يستدل به على خصب البدن، أما الأمة ولو مبعضة فينظر منها ما عدا ما بين السرة والركبة كما صرح به ابن الرفعة وقال: إنه مفهوم كلامهم، فإن لم يتيسر نظره إليها أو لم يره بعث امرأة أو نحوها تتأملها وتصفها له، ويجوز للمبعوث أن يصف الباعث زائداً على ما ينظره فيستفيد بالبعث ما لا يستفيده بنظره، ويسن للمرأة أيضاً أن تنظر من الرجل غير عورته إذا أرادت تزوجه فإنها يعجبها منه ما يعجبه منها وتستوصف كما مر في الرجل.

تنبيه ـ قد علم مما تقرر أن كلاً من الزوجين ينظر من الآخر ما عدا عورة الصلاة، وخرج بالنظر اللمس، فلا يجوز، إذ لا حاجة إليه.

(و) الضرب (الخامس: النظر للمداواة) كفصد وحجامة وعلاج ولو في فرج (فيجوز إلى المواضع التي يحتاج إليها) فقط، لأن في التحريم حينئذ حرجاً،

---

(١) أخرجه أحمد ٤/ ٢٤٦ والترمذي ٣/ ٣٩٧ (١٠٨٧) وابن ماجة ١/ ٥٩٩ (١٨٦٥) والنسائي ٦/ ٦٩ والدارمي ٢/ ١٣٤.

وَالسَّادِسُ: النَّظَرُ لِلشَّهَادَةِ أَوْ لِلْمُعَامَلَةِ، فَيَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى الْوَجْهِ خَاصَّةً. وَالسَّابِعُ: النَّظَرُ إِلَى الأَمَةِ عِنْدَ ابْتِيَاعِهَا، فَيَجُوزُ إِلَى الْمَوَاضِعِ الَّتِي يَحْتَاجُ إِلَى تَقْلِيبِهَا.

فللرجل مداواة المرأة وعكسه، وليكن ذلك بحضرة محرم أو زوج أو امرأة ثقة إن جوزنا خلوة أجنبي بامرأتين وهو الراجح، ويشترط عدم امرأة يمكنها تعاطي ذلك من امرأة وعكسه كما صححه في زيادة الروضة، وأن لا يكون ذمياً مع وجود مسلم، وقياسه، كما قال الأذرعي ـ أن لا تكون كافرة أجنبية مع وجود مسلمة على الأصح، ولو لم نجد لعلاج المرأة إلا كافرة ومسلماً فالظاهر أن الكافرة تقدم، لأن نظرها ومسها أخف من الرجل، بل الأشبه عند الشيخين أنها تنظر ما يبدو عند المهنة، بخلاف الرجل وقيد في الكافي: الطبيب بالأمين فلا يعدل إلى غيره مع وجوده، وشرط الماوردي: أن يأمن الافتتان ولا يكشف إلا قدر الحاجة[1]، وفي معنى ما ذكر نظر الخاتن إلى فرج من يختنه، ونظر القابلة إلى فرج التي تولدها ويعتبر في النظر إلى الوجه والكفين مطلق الحاجة وفي غيرهما ـ ما عدا السوأتين ـ تأكدها، بأن يكون مما يبيح التيمم كشدة الضنا وفي السوأتين مزيد تأكيدها بأن لا يعد التكشف بسببها هتكاً للمروءة.

(و) الضرب (السادس: النظر للشهادة) تحملاً وأداء (أو للمعاملة) من بيع وغيره (فيجوز) حتى يجوز في الشهادة النظر إلى الفرج للشهادة على الزنا والولادة، وإلى الثدي للشهادة على الرضاع، وإذا نظر إليها وتحمل الشهادة عليها كلفت الكشف عن وجهها عند الأداء إن لم يعرفها في نقابها، فإن عرفها لم يفتقر إلى الكشف بل يحرم النظر حينئذ ويجوز النظر إلى عانة ولد الكافر لينظر هل نبتت أو لا، ويجوز للنسوة أن ينظرن إلى ذكر الرجل إذا ادعت المرأة عبالته وامتنعت من التمكين.

تنبيه ـ هذا كله إذا لم يخف فتنة فإن خافها لم ينظر إلا إن تعين عليه فينظر ويضبط نفسه، وأما في المعاملة فينظر إلى الوجه كما جزم به الماوردي وغيره.

(و) الضرب (السابع: النظر إلى) بدن (الأمة عند ابتياعها) أي إذا أراد أن يشتريها رجل أو بدن عبد إذا أرادت أن تشتريه امرأة (فيجوز إلى المواضع التي يحتاج إلى تقليبها) فينظر الرجل إذا اشترى جارية أو اشترت المرأة عبداً ما عدا ما بين السرة

---

(١) محله إذا لم يغضّ البصر أما إذا غضّ البصر فينبغي جواز كشف بقية العضو الزائد على الحاجة.

. . . .

والركبة قال الماوردي: ولا يزاد على النظرة الواحدة إلا أن يحتاج إلى ثانية للتحقق فيجوز.

تنبيه ـ سكت المصنف عن النظر إلى أشياء اختصاراً، منها النظر للتعليم كما قاله النووي في المنهاج واختلف الشراح في معنى ذلك: فقال السبكي: إنما يظهر فيما يجب تعلمه وتعليمه كالفاتحة، وما يتعين تعليمه من الصنائع المحتاج إليها، بشرط التعذر من وراء حجاب. وأما غير ذلك فكلامهم يقتضي المنع ومنهم النووي حيث قال في الصداق: ولو أصدقها تعليم قرآن فطلق قبله فالأصح تعذر تعليمه. وقال الجلال المحلي: وهو أي التعليم للأمرد خاصة كما سيأتي، ويشير بذلك إلى مسألة الصداق والمعتمد أنه يجوز النظر للتعليم للأمرد وغيره واجباً كان أو مندوباً وإنما منع من تعليم الزوجة المطلقة لأن كلاً من الزوجين تعلقت آماله بالآخر فصار لكل منهما طمعة في الآخر فمنع من ذلك، ومنها نظر المرأة إلى محرمها وحكمه كعكسه فتنظر منه ما عدا ما بين سرته وركبته، ومنها نظر المرأة إلى بدن أجنبي، والأصح أنه ـ كنظره إليها ومنها نظر رجل إلى رجل فيحل بلا شهوة إلا ما بين سرة وركبة فيحرم، ومنها نظر الأمرد ـ وهو الشاب الذي لم تنبت لحيته[١] ولا يقال لمن أسن ولا شعر بوجهه أمرد بل يقال له ثط بالثاء، المثلثة فإن كان بشهوة فهو حرام بالإجماع ولا يختص ذلك بالأمرد كما مر بل النظر إلى الملتحي والنساء المحارم بشهوة حرام قطعاً، وضابط الشهوة[٢] فيه كما قاله في الإحياء: إن كل من تأثر بجمال صورة الأمرد بحيث يظهر من نفسه الفرق بينه وبين الملتحي فهو لا يحل له النظر ولو انتفت الشهوة وخيف الفتنة حرم النظر أيضاً، قال ابن الصلاح: وليس المعنى بخوف الفتنة غلبة الظن بوقوعها. بل يكفي أن يكون ذلك نادراً وأما نظره بغير شهوة ولا خوف فتنة فيحرم عند النووي أيضاً

---

(١) بأن لم تصل إلى أوان إنباتها غالباً أي باعتبار العادة الغالبة للناس لا نفسه.

(٢) ضبطها في شرح المنهج بأن ينظر إليه فيلتذ وما ذكره الشارح يرجع إليه وليس المراد أنه بمجرد الفرق يحرم النظر لأن ذلك يوجد في الهرم الذي لا لحية له فيقتضي أنه بمجرد نظره يحرم ولم يقل به أحد بل المراد أنه يعرف الفرق مع تأثر ذهنه وقلبه بجمال صورته.

. . . .

والأكثرون على خلافه، ومنها النظر إلى الأمة وهي الحرة على الأصح عند المحققين ومنها نظر المرأة إلى مثلها وهو كنظر رجل إلى رجل وأما الخنثى المشكل فيعامل بالأشد، فيجعل مع النساء رجلاً ومع الرجال امرأة، إذا كان في سن يحرم فيه نظر الواضح كما جزم به النووي في باب الأحداث من المجموع، ولا يجوز أن يخلو به أجنبي ولا أجنبية ولو كان مملوكاً لامرأة فهو معها كعبدها ومنها نظر الكافرة إلى المسلمة فهو حرام فتحتجب المسلمة عنها لقوله تعالى: ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] فلو جاز لها النظر لم يبق للتخصيص فائدة، وصح عن عمر ـ رضي الله عنه ـ منع الكتابيات دخول الحمام مع المسلمات، هذا ما في المنهاج كأصله والأشبه كما في الروضة وأصلها: أنه يجوز أن ترى منها ما يبدو عند المهنة. وهذا هو الظاهر ومحل ذلك في كافرة غير محرم للمسلمة وغير مملوكة لها أما هما فيجوز لهما النظر إليها كما أفتى به النووي في المملوكة وبحثه الزركشي في المحرم وهو ظاهر.

تتمة ـ متى حرم النظر حرم اللمس، لأنه أبلغ منه في اللذة وإثارة الشهوة، بدليل أنه لو مس فأنزل أفطر ولو نظر فأنزل لم يفطر، وكل ما حرم نظره متصلاً حرم نظره منفصلاً كشعر عانة ولو من رجل وقلامة ظفر حرة ولو من يديها ويحرم اضطجاع رجلين أو امرأتين في ثوب واحد إذا كانا عاريين، وإن كان كل منهما في جانب من الفراش لخبر مسلم: «لَا يُفْضِ الرَّجُلِ إِلَى الرَّجُلِ[1] فِي الثَّوْبِ الْوَاحِدِ، وَلَا الْمَرْأَةُ إِلَى الْمَرْأَةِ فِي الثَّوْبِ الْوَاحِدِ»[2] وتسن مصاحفة[3] الرجلين والمرأتين. لخبر: «مَا مِنَ مُسْلِمَيْن يَلْتَقِيَانِ يَتَصَافَحَانِ[4] إِلَّا غُفِرَ لَهُمَا قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا» وتكره المعانقة والتقبيل في الرأس إلا لقادم من سفر أو تباعد لقاء عرفاً فسنة للاتباع، ويسن تقبيل يد الحي لصلاح ونحوه من

---

(١) الدليل أخص من المدعى إذ لا يشمل الغاية، وذلك لأن الإفضاء الحس باليد أو مطلقاً. وأجيب بأن المراد لا يفعل ما يؤول الأمر فيه إلى الإفضاء.

(٢) أخرجه مسلم ١/٢٦٦ (٧٤/٣٣٨).

(٣) أي عند اتحاد الجنس فإن اختلف فإن كانت محرمية أو زوجية أو مع صغير لا يشتهى أو مع كبير بحائل جازت من غير شهوة ولا فتنة نعم يستثنى الأمرد الجميل فتحرم مصافحته.

(٤) كذا في خط المؤلف وفي شرح الروض فيتصافحان.

فَصْـــلٌ

وَلاَ يَصِحُّ عَقْدُ النِّكَاحِ إلاَّ بِوَلِيٍّ. وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ.

وَيَفْتَقِرُ الوَلِيُّ وَالشَّاهِدَانِ إِلَى سِتَّةِ شَرَائِطَ: الإِسْلاَمُ وَالْبُلُوغُ، وَالْعَقْلُ، وَالْحُرِّيَّةُ، وَالذُّكُورِيَّةُ،

الأمور الدينية كعلم وزهد ويكره ذلك لغنى أو نحوه من الأمور الدنيوية كشوكة ووجاهة ويسن القيام لأهل الفضل إكراماً لا رياء وتفخيماً.

[فَصْـلٌ فِي أَرْكَانِ النِّكَاحِ]

وهي خسمة: صيغة، وزوجة، وزوج، وولي، وهما العاقدان، وشاهدان.

وعلى الأخيرين ـ وهما الولي والشاهدان ـ اقتصر المصنف مشيراً إليهما بقوله (لا يصح عقد النكاح إلا بولي) أو مأذونه أو القائم مقامه كالحاكم عند فقده أو غيبته الشرعية أو عضله أو إحرامه (و) حضور (شاهدي عدل) لخبر ابن حبان في صحيحه عن عائشة ـ رضي الله تعالى عنها ـ: «لاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ، وَمَا كَانَ مِنْ نِكَاحٍ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ فَهُوَ بَاطِلٌ، فإِن تَشَاحُّوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ»[1] والمعنى في إحضار الشاهدين الاحتياط للأبضاع، وصيانة الأنكحة عن الجحود، ويسن إحضار جمع زيادة على الشاهدين من أهل الخير والدين.

القَوْلُ فِي شُرُوطِ الوَلِيِّ وَالشَّاهِدَيْنِ

(ويفتقر الولي والشاهدان) المعتبرون لصحة النكاح (إلى ستة شرائط) بل إلى أكثر كما سيأتي: الأول: (الإسلام) وهو في ولي المسلمة إجماعاً، وسيأتي أن الكافر يلي الكافرة، وأما الشاهدان فالإسلام شرط فيهما، سواء أكانت المنكوحة مسلمة أو ذمية إذ الكافر ليس أهلاً للشهادة (و) ـ الثاني: (البلوغ) (و) الثالث (العقل) فلا ولاية لصبي ومجنون، لأنهما ليسا من أهل الشهادة (و) الرابع: (الحرية) فلا ولاية لرقيق، ولا يكون شاهداً (و) الخامس: (الذكورية) فلا تملك المرأة تزويج نفسها بحال، لا

---

(١) أخرجه ابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد ص ٣٠٥ (١٢٤٧).

وَالْعَدَالَةُ.

بإذن ولا بغيره، سواء الإيجاب والقبول، إذ لا يليق بمحاسن العادات دخولها فيه لما قصد منها من الحياء وعدم ذكره أصلاً، قال الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣٤] ولا تزويج غيرها بولاية ولا وكالة، لخبر: «لاَ تُزَوِّجِ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ، وَلاَ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا»[١]، نعم لو ابتلينا والعياذ بالله تعالى بإمامة امرأة فإن أحكامها تنفذ للضرورة كما قال ابن عبدالسلام وغيره وقياسه: تصحيح تزويجها، ولا يعتبر إذن المرأة في نكاح غيرها إلا في ملكها وفي سفيه أو مجنون هي وصية عليه، وليست المرأة أهلاً للشهادة، فلا ينعقد النكاح بشهادة النساء، ولا برجل وامرأتين، لأنه لا يثبت بقولهم.

تنبيه ـ أفهم كلامهم أنه لا ينعقد بخنثيين ولو بانا رجلين، لكن الأصح في زيادة الروضة: الصحة.

فإن قيل: لو عقد على خنثى أو له ثم تبين كونه أنثى في الأول أو ذكراً في الثاني لا يصح.

أجيب بأن الخنثى أهل للشهادة في الجملة فإذا بان رجلاً اكتفينا بذلك في النكاح بخلاف العقد على الخنثى أو له فإنه ليس أهلاً لعقد النكاح عليه ولا له في حال من الأحوال.

(و) السادس: (العدالة) وهي: ملكة في النفس تمنع من اقتراف الذنوب ولو صغائر الخسة والرذائل المباحة. فلا ينعقد بولي فاسق[٢] غير الإمام الأعظم، مجبراً كان أم لا، فسق بشرب الخمر أم لا، أعلن بفسقه أم لا لحديث: «لاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِوَلِي مُرْشِدٍ»، قال الإمام الشافعي رضي الله عنه: والمراد بالمرشد العدل وأفتى الغزالي رحمه الله تعالى بأنه لو كان لو سلب الولاية لانتقلت إلى حاكم فاسق ولي، وإلا فلا،

---

(١) أخرجه ابن ماجة (١٨٨٢) والدارقطني ٣/٢٢٧.

(٢) خلافاً للأئمة الثلاثة، ولو أذنت له وهو عدل ثم فسق ثم تاب فقياس ما قيل إنها لو أذنت للقاضي فعزل ثم ولي احتاج إلى إذن جديد لبطلان الأوّل بخروجه عن الولاية.

إِلاَّ أَنَّهُ لاَ يَفْتَقِرُ نِكَاحُ الذِّمِّيَّةِ إِلَى إِسْلاَم الوَلِيِّ.

وقال: ولا سبيل إلى الفتوى بغيره، إذ الفسق قد عم البلاد والعباد والأوجه إطلاق المتن لأن الحاكم يزوج للضرورة، وقضاؤه نافذ أمام الإمام الأعظم فلا يقدح فسقه لأنه لا ينعزل به فيزوج بناته وبنات غيره بالولاية العامة تفخيماً لشأنه فعليه إنما يزوج بناته إذا لم يكن لهن ولي غيره كبنات غيره.

تنبيه ـ لا يلزم من أن الفاسق لا يزوج اشتراط أن يكون الولي عدلاً لأن بينهما واسطة فإن العدالة ملكة تمنع صاحبها مما مر والصبي إذا بلغ ولم تصدر منه كبيرة ولم تحصل له تلك الملكة لا عدل ولا فاسق، وقد نقل[1] الإمام الغزالي الاتفاق على أن المستور يلي، وحيث منعنا ولاية الفاسق فقال البغوي إذا تاب زوج في الحال ووجهه بأن الشرط في ولي النكاح عدم الفسق لا قبول الشهادة ولا ينعقد بشهادة فاسقين، لأنه لا يثبت بهما وينعقد بمستوري العدالة وهما المعروفان بها ظاهراً لا باطناً: بأن عرفت بالمخالطة دون التزكية عند الحاكم، لأن الظاهر من المسلمين العدالة ولا فرق بين أن يعقد بهما الحاكم أو غيره على المعتمد بمستوري الإسلام أو الحرية: بأن يكونا في موضع يختلط فيه المسلمون بالكفار والأحرار بالأرقاء، بل لا بد من معرفة حالهما باطناً لسهولة الوقوف على ذلك، بخلاف العدالة والفسق.

هَل الْكَافِرُ يَلِي عَقْدَ مُوَلِّيَتِهِ الكَافِرَةِ؟

ثم شرع في كون الكافر الأصلي يلي الكافرة الأصلية بقوله (إلا أنه لا يفتقر نكاح الذمية إلى إسلام الولي) ولو كانت الذمية عتيقة مسلم، وإن اختلف اعتقاد الزوجة والولي، فيزوج اليهودي نصرانية والنصراني يهودية كالإرث لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣] وقضية التشبيه بالإرث أنه لا ولاية لحربي على ذمية وبالعكس، وأن المستأمن كالذمي وهو ظاهر كما صححه البلقيني، ومرتكب

---

(١) قضيته أن المستور من الواسطة وليس كذلك إذ المستور هو ظاهر العدالة وهو فوق الواسطة، وحينئذ فهذه مسألة أخرى إلا أن يقال مراده القياس على المستور إلا أنه قياس أدنى على أعلى لأن الثاني متصف بالعدالة وإن كانت ظاهرة. والأول لا يقال له عدل ولا فاسق فمراد الشارح بقوله وقد نقل الإمام الخ التقوية لما قبله وقياس ما قبله عليه كما علمت.

وَلاَ نِكَاحُ الأَمَةِ إِلَى عَدَالَةِ السَّيِّدِ.

المحرم المفسق في دينه من أولياء الكافرة كالفاسق عندنا فلا يزوج موليته بخلاف ما إذا لم يرتكب ذلك، وإن كان مستوراً فيزوجها كما تقرر، وفرقوا بين ولايته وشهادته حيث لا تقبل وإن لم يكن مرتكباً ذلك بأن الشهادة محض ولاية على الغير فلا يؤهل لها الكافر، والولي في التزويج كما يراعي حظ موليته يراعي حظ نفسه أيضاً في تحصينها ودفع العار عن النسب.

تنبيه ـ ظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن يكون زوج الكافرة كافراً أو مسلماً، وهو كذلك لكن لا يزوج المسلم قاضيهم، بخلاف الزوج الكافر لأن نكاح الكفار محكوم بصحته وإن صدر من قاضيهم أما المرتد فلا يلي مطلقاً لا على مسلمة ولا على مرتدة ولا غيرهما، لانقطاع الموالاة بينه وبين غيره.

(ولا) يفتقر (نكاح الأمة) من عبد أو حر بشرطه (إلى عدالة السيد) لأنه يزوج بالملك لا بالولاية لأنه يملك التمتع بها في الجملة والتصرف فيما يمكن استيفاؤه ونقله إلى الغير يكون بحكم الملك كاستيفاء سائر المنافع ونقلها بالإجارة فيزوج مسلم ولو فاسقاً أو مكاتباً أمته الكافرة الأصلية، بخلاف الكافر، فليس له أن يزوج أمته المسلمة إذ لا يملك التمتع بها أصلاً، بل ولا سائر التصرفات فيها سوى إزالة الملك عنها وكتابتها بخلاف المسلم في الكافرة وإذا ملك المبعض[1] ببعضه الحر أمة زوجها كما قاله البغوي في تهذيبه وإن ـ خالف في فتاويه كالمكاتب بل أولى لأن ملكه تام، ولهذا لا يكون عليه الزكاة.

تنبيه ـ مما تركه المصنف من شروط الولي: أن لا يكون مختل النظر بهرم أو خبل وأن لا يكون محجوراً عليه بسفه ومتى كان الأقرب به بعض هذه الصفات المانعة للولاية فالولاية للأبعد وأما الإغماء فتنتظر إفاقته منه.

---

(١) عبارة شرح المنهج نعم لو ملك المبعض أمة زوّجها كما قاله البلقيني بناء على الأصح من أنه يزوّج بالملك لا بالولاية خلافاً لما أفتى به البغوي اهـ وقوله خلافاً لما أفتى به البغوي من أنه لا يزوّج أصلاً.

. . . .

ولا يقدح العمى في ولاية للتزويج لحصول المقصود بالبحث والسماع وإحرام أحد العاقدين من ولي ولو حاكماً أو زوج أو وكيل عن أحدهما أو الزوجة بنسك ولو فاسداً يمنع صحة النكاح، لحديث: «الْمُحْرِمُ لاَ يَنْكِحُ وَلاَ يُنْكِحُ»[1] الكاف مكسورة فيهما والياء مفتوحة في الأول مضمومة في الثاني ولا ينقل الإحرام الولاية للأبعد فيزوج السلطان عند إحرام الولي الأقرب لا الأبعد.

ومما تركه من شروط الشاهدين: السمع والبصر والضبط ولو مع النسيان عن قرب، ومعرفة لسان المتعاقدين وكونه غير متعين للولاية كأب وأخ منفرد وكل وحضر مع آخر، وينعقد النكاح بابني الزوجين وعدويهما لأنهما من أهل الشهادة، وينعقد بهما النكاح في الجملة.

[القَوْلُ فِي شُرُوطِ الصِّيغَةِ]

ومما تركه من الأركان الصيغة، وشرط فيها ما شرط في صيغة البيع، وقد مر بيانه ومنه عدم التعليق والتأقيت ولفظ ما يشتق من تزويج أو إنكاح ولو بعجمية يفهم معناها العاقدان والشاهدان، وإن أحسن العاقدان العربية اعتباراً بالمعنى فلا يصح بغير ذلك، كلفظ بيع وتمليك وهبة، لخبر مسلم: «اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ»[2] وصح النكاح بتقديم قبول، وبزوجني من قبول الزوج، ويتزوجها من قبل الولي، مع قول الآخر عقبه «زوجتك» في الأول أو «تزوجتها» في الثاني لوجود الاستدعاء الجازم[3] الدال على الرضا، لا بكناية في

---

(١) أخرجه مسلم (١٤٠٩).

(٢) أخرجه مسلم من حديث جابر الطويل في الحج (٢/٨٨٦) (١٤٧/١٢١٨).

(٣) بخلاف ما لو قال الزوج تزوّجني أو زوّجتني أو زوّجها مني وما لو قال الولي تتزوّجها أو تزوّجتها فإنه لا يصح لعدم الجزم ولو قال الوليّ للزوج قل تزوّجتها لم يصح لأنه استدعاء للفظ لا للتزويج.

تنبيه سئل شيخنا م ر عن الأنكحة الواقعة بين العوامّ الذين لا يعرفون شروط الأنكحة والغالب فسادها هل يحتاجون إلى تحليل إذا وقع منهم الطلاق ثلاثاً. فأجاب بأنه سأل والده عن ذلك فقال قد سئلت عن ذلك وأفتيت بأنه لا بدّ فيها من التحليل ولا تجوز بغيره.

فَصْــلٌ

وَأَوْلَى الوُلَاةِ الأَبُ ثُمَّ الْجَدُّ أَبُو الأَبِ ثُمَّ الأَخُ لِلأَبِ والأُمِّ ثُمَّ الأَخُ لِلأَبِ ثُمَّ ابْنُ الأَخِ لِلأَبِ والأَمِّ ثُمَّ ابْنُ الأَخِ لِلأَبِ ثُمَّ العَمُّ ثُمَّ ابْنُهُ عَلَى هَذَا التَّرْتِيبِ،

الصيغة كأحللتك بنتي إذ لا بد في الكناية من النية، والشهود ركن في النكاح كما مر، ولا اطلاع لهم على النية أما الكناية في المعقود عليه كما لو قال: «زوجتك بنتي» فقبل ونويا معينة فيصح النكاح بها.

[القَوْلُ فِي شُرُوطِ الزَّوْجَةِ]

ومما تركه من الأركان أيضاً: الزوجة وشرط فيها. حل وتعيين، وخلو من نكاح، وعدة، فلا يصح نكاح محرمة للخبر السابق ولا إحدى امرأتين للإبهام ولا منكوحة ولا معتدة من غيره لتعلق حق الغير بها.

[القَوْلُ فِي شُرُوطِ الزَّوْجِ]

ومما تركه من الأركان أيضاً: الزوج وشرط فيه حل. واختيار، وتعيين، وعلم بحل المرأة، فلا يصح نكاح محرم ولو بوكيل للخبر السابق ولا مكره ولا غير معين كالبيع، ولا من جهل حلها له احتياطاً لعقد النكاح.

[فَصْــلٌ فِي أَوْلِيَاءِ عَقْدِ النِّكَاحِ]

في بيان أحكام الأولياء ترتيباً وإجباراً أو عدمه وفي بعض أحكام الخطبة بكسر المعجمة، وفي بعض النسخ ذكر هذا الفصل وأسقطه في بعضه فقال (و أَولى الولاة) أي من الأقارب في التزويج (الأب) لأن سائر الأولياء يدلون به كما قال الرافعي (ثم الجد أبو الأب) وإن علا، لاختصاص كل منهما على سائر العصبات بالولادة مع مشاركته في العصوبة (ثم الأخ للأب والأم) لإدلائه بهما (ثم الأخ للأب) لإدلائه به فهو أقرب من ابن الأخ (ثم ابن الأخ للأب والأم) وإن سفل (ثم ابن الأخ للأب) وإن سفل لأن ابن الأخ أقرب من العم (ثم العم) لأبوين ثم العم لأب (ثم ابنه) أي العم لأبوين وإن سفل ثم ابن العم لأب وإن سفل وهذا معنى قوله (على هذا الترتيب) لزيادة القرب والشفقة كالإرث وعلى هذا لو غاب الشقيق لم يزوج الذي لأب بل السلطان نعم لو كان

فَإِذَا عُدِمَتْ الْعَصَبَاتُ فَالْمَوْلَى الْمُعْتِقُ، ثُمَّ عَصَبَاتُهُ ثُمَّ الْحَاكِمُ.

ابنا عم أحدهما لأبوين والآخر لأب لكنه أخوها من أمها فالثاني هو الولي لأنه يدلي بالجد والأم والأول يدلي بالجد والجدة ولو كان ابنا عم أحدهما ابنها والآخر أخوها من الأم فالابن هو المقدم لأنه أقرب ولو كان ابنا عم أحدهما معتق قدم المعتق ومنه يؤخذ أنه لو كان المعتق ابن عم لأب والآخر شقيقاً قدم الشقيق وبه صرح البلقيني.

تنبيه ـ ظاهر كلام المصنف تسمية كل من غير الأب والجد من الأخ والعم ولياً وهو كذلك وإن توقف فيه الإمام وجعل الولاية حقيقة للأب والجد فقط ولا يزوج ابن أمه ببنوة محضة خلافاً للائمة الثلاثة والمزني لأنه لا مشاركة بينه وبينها في النسب إذ انتسابها إلى أبيها وانتساب الابن إلى أبيه فلا يعتني بدفع العار عن النسب فإن كان ابن عم لها أو معتقاً لها أو عاصب معتق لها أو قاضياً أو وكيلاً عن وليها كما قاله الماوردي زوج بما ذكر فلا تضره البنوة، لأنها غير مقتضية لا مانعة فإذا وجد معها سبب آخر يقتضي الولاية لم تمنعه.

(فإذا عدمت العصبات) من النسب (فالمولى) أي السيد (المعتق) الرجل (ثم عصبته) بحق الولاء سواء كان المعتق رجلاً أو امرأة، والترتيب هنا كالإرث في ترتيبه فيقدم بعد عصبة المعتق معتق المعتق، ثم عصبته وهكذا لحديث: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ» ولأن المعتق أخرجها من الرق إلى الحرية فأشبه الأب في إخراجه لها من العدم إلى الوجود، ويزوج ـ عتيقة المرأة إذا فقد ولي العتيقة من النسب كل من يزوج المعتقة ما دامت حية بالولاية عليها تبعاً للولاية على المعتقة. فيزوجها الأب ثم الجد ثم بقية الأولياء على ما مر في ترتيبهم برضا العتيقة ويكفي سكوت البكر كما قاله الزركشي في تكملته، وإن خالف في ديباجه، ولا يعتبر إذن المعتقة ذلك في الأصح لأنه لا ولاية لها ولا إجبار فلا فائدة له فإذا ماتت المعتقة زوج العتيقة من له الولاء على المعتقة من عصباتها، فيزوجها ابنها ثم ابنه ثم أبوها على ترتيب عصبة الولاء إذ تبعية الولاية انقطعت بالموت.

[الْقَوْلُ فِي تَزْوِيجِ الْحَاكِمِ]

(ثم) إن فقد المعتق وعصبته زوج (الحاكم) المرأة التي في محل ولايته، لخبر: «السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ» فإن لم تكن في محل ولايته فليس له تزويجها،

وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُصَرِّحَ بِخِطْبَةِ مُعْتَدَّةٍ

وإن رضيت، كما ذكره الرافعي في آخر القضاء على الغائب وكذا يزوج الحاكم إذ عضل النسيب القريب ولو مجبراً والمعتق وعصبته لأنه حق عليهم فإذا امتنعوا من وفائه وفاه الحاكم ولا تنتقل الولاية للأبعد إذا كان العضل دون ثلاث مرات، فإن كان ثلاث مرات زوج الأبعد بناء على منع ولاية الفاسق كما قاله الشيخان، وهذا فيمن لم تغلب طاعاته على معاصيه كما ذكروه في الشهادات، وكذا يزوج عند غيبة الولي مسافة القصر وإحرامه وإرادته تزويج موليته ولا مساوي له في الدرجة، والمجنونة البالغة عند فقد المجبر.

وقد جمع بعضهم المواضع التي يزوج فيها الحاكم في أبيات فقال:

وَيُزَوِّجُ الْحُكَّامُ فِي صُوَرٍ أَتَتْ ... مَنْظُومَةٌ تَحْكِي عُقُودَ جَوَاهِرِ
عَدَمُ الْوَالِي وَفَقْدُهُ وَنِكَاحُهُ ... وَكَذَاكَ غَيْبَتُهُ مَسَافَةَ قَاصِرِ
وَكَذَاكَ إِغْمَاءٌ وَحَبْسٌ مَانِعٌ ... أَمَةً لِمَحْجُورٍ، تَوَارِي القَادِرِ
إِحْرَامُهُ وَتَعَزُّزُهُ[1] مَعَ عَضْلِهِ ... إسلام أم الفرع وَهْيَ لِكَافِرِ

وأهمل الناظم تزويج المجنونة البالغة، وإنما يحصل العضل من الولي إذا دعت بالغة عاقلة رشيدة كانت أو سفيهة إلى كفء وامتنع الولي من تزويجه، ولو عينت كفأً وأراد الأب أو الجد المجبر كفأً غيره فله ذلك في الأصح لأنه أكمل نظراً منها.

الْكَلَامُ عَلَى الخِطْبَةِ (بكسر الخاء)

ثم شرع في بعض أحكام الخطبة، وهي ـ بكسر الخاء ـ التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة بقوله: (ولا يجوز أن يصرح بخطبة) امرأة (معتدة) بائناً كانت أو رجعية بطلاق أو فسخ أو انفساخ أو موت أو معتدة عن شبهة، لمفهوم قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾ [البقرة: ٢٣٥] وحكى ابن عطية الإجماع على ذلك والتصريح: ما يقطع بالرغبة في النكاح، كأريد أن أنكحك، وإذا

(١) أي تغلب بأن يمتنع من غير توار معتمداً على الغلبة. والفرق بين التواري والتعزز أن التواري الامتناع مع الاختفاء والتعزز الامتناع مع الظهور والقوة.

وَيَجُوزُ أَنْ يُعَرِّضَ لَهَا وَيَنْكِحَهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا.

انقطعت عدتك نكحتك وذلك لأنه إذا صرح تحققت رغبته فيها فربما تكذب في انقضاء العدة، ولا يجوز تعريض لرجعية لأنها زوجة أو في معنى الزوجة ولأنها مجفوة بالطلاق فقد تكذب انتقاماً، والتعريض: ما يحتمل الرغبة في النكاح وعدمها كقوله: أنت جميلة، ورب راغب فيك، ومن يجد مثلك؟ (ويجوز أن يعرض لها) لغير الرجعية بنكاحها قبل انقضاء العدة سواء كانت عدة وفاة أم بائن بفسخ أو ردة أو طلاق، لعموم الآية، ولانقطاع سلطنة الزوج عنها.

تنبيه ـ هذا كله في غير صاحب العدة الذي يحل له نكاحها فيها، أما هو فيحل له التعريض والتصريح، وأما من لا يحل له نكاحها فيها كما لو طلقها بائناً أو رجعياً فوطئها أجنبي بشبهة في العدة فحملت منه فإن عدة الحمل تقدم ولا يحل لصاحب عدة الشبهة أن يخطبها لأنه لا يجوز له العقد عليها حينئذ، وحكم جواب المرأة في الصور المذكورة تصريحاً وتعريضاً حكم الخطبة فيما تقدم، ويحرم على عالم خطبة على خطبة جائزة ممن صرح بإجابته إلا بالإعراض بإذن أو غيره من الخاطب أو المجيب لخبر الشيخين واللفظ للبخاري: «لَا يَخْطُبِ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَتْرُكَ الْخَاطِبُ قَبْلَهُ أَوْ يَأْذَنَ لَهُ الْخَاطِبُ»[1] والمعنى في ذلك ما فيه من الإيذاء.

ويجب ذكر عيوب من أريد اجتماع عليه لمناكحة أو نحوها كمعاملة وأخذ علم لمريده ليحذر، بدلاً للنصيحة، سواء استشير الذاكر فيه أم لا فإن اندفع بدونه بأن لم يحتج إلى ذكرها أو احتيج إلى ذكر بعضها حرم ذكر شيء منها في الأول وشيء من البعض الآخر في الثاني.

[الْقَوْلُ فِيمَا تُبَاحُ فِيهَا الْغَيْبَةُ]

قال في زيادة الروضة: والغيبة تباح لستة أسباب وذكرها وجمعها غيره في هذا البيت فقال:

---

(١) أخرجه البخاري ٩/١٩٩ (٥١٤٤) ومسلم ٢/١٠٣٣ (٥٢/١٤١٣).

وَالنِّسَاءُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: ثَيِّبَاتٍ وَأَبْكَارٍ، فَالْبِكْرُ يَجُوزُ لِلأَبِ وَالجَدِّ إِجْبَارُهَا عَلَى النِّكَاحِ.

لَقَبٌ وَمُسْتَفْتٍ وَفِسْقٌ ظَاهِرٌ وَالظُّلْمُ[1] تَحْذِيرٌ مُزِيلُ الْمُنْكَرِ

تنبيه ـ قال الغزالي[2] في الإحياء: إلا أن يكون المتظاهر بالمعصية عالماً يقتدى به فتمتنع غيبته؛ لأن الناس إذا اطلعوا على زلته تساهلوا في ارتكاب الذنب اهـ.

وسن خطبة ـ بضم الخاء ـ قبل ـ خطبة ـ بكسرها ـ وأخرى قبل العقد لخبر: «كُلُّ كَلَامٍ لَا يُبْدَأُ فِيهِ بِحَمْدِ اللَّهِ فَهُوَ أَقْطَعُ» أي عن البركة، وتحصل السنة بالخطبة قبل العقد من الولي أو الزوج أو أجنبي، ولو أوجب ولي العقد فخطب الزوج خطبة قصيرة عرفاً فقبل صح مع الخطبة الفاصلة بين الإيجاب والقبول، لأنها مقدمة القبول فلا تقطع الولاء كالإقامة وطلب الماء والتيمم بين صلاتي الجمع، لكنها لا تسن بل يسن تركها كما صرح به ابن يونس.

[القَوْلُ فِي الإِجْبَارِ عَلى النِّكَاح]

(والنساء) بالنسبة إلى إجبارهن في التزويج وعدمه (على ضربين) الأول: (بكر) تجبر (و) الثاني (ثيب) لا تجبر (فالبكر) ولو كبيرة ومخلوقة بلا بكارة أو زالت بلا وطء كسقطة أو حدة حيض (يجوز) ويصح (للأب والجد) أبي الأب وإن علا عند عدم الأب أو عدم أهليته (إجبارها على النكاح) أي تزويجها بغير إذنها لخبر الدارقطني: «الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا، وَالْبِكْرُ يُزَوِّجُهَا أَبُوهَا» ولأنها لم تمارس الرجال بالوطء فهي شديدة الحياء.

---

(١) أي التظلم لمن له قدرة على إنصافه بأن يقول لشخص فلان ظلمني وأخذ مني كذا. وقوله تحذير هو ما نحن فيه بأن يذكر عيوب من أريد اجتماع عليه ليحذر. وقوله مزيل المنكر بأن يقول لشخص يقدر على إزالة المنكر فلان يزني الآن بامرأة أو يشرب الخمر ومراده الاستعانة به على تغيير المنكر شيخنا، ولبعضهم:

القدح ليس بغيبة في ستة متظلم ومعرّف ومحذر
ولمظهر فسقاً ومستفت ومن طلب الإعانة في إزالة منكر

(٢) فيه تدافع إذ المتظاهر بالمعصية لا تخفى عيوبه عن الناس.

. . . .

تنبيه ـ لتزويج الأب أو الجد البكر بغير إذنها شرط: الأول: أن لا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة، الثاني: أن يزوجها من كفء،[١] الثالث: أن يزوجها بمهر المثل، الرابع: أن يكون من نقد البلد. الخامس: أن لا يكون الزوج[٢] معسراً بالمهر، السادس: أن لا يزوجها بمن تتضرر بمعاشرته كأعمى، أو شيخ هرم، السابع: أن لا يكون قد وجب عليها النسك، فإن الزوج يمنعها لكون النسك على التراخي، ولها

---

(١) هو شرط للصحة أيضاً ونظم بعضهم خصال الكفاءة في قوله:

شـرط الكفـاءة خمسـة قـد حـررت ... ينبيـك عنهـا بيـت شعـر مفـرد
نسـب وديـن حـرفـة حـريـة ... فقـد العيـوب وفـي اليسـار تـردد

والراجح أنه لا يشترط لأن المال غاد ورائح ولا يفتخر به أصحاب المروءات والبصائر قال العلامة مرعي الحنبلي:

قـالـوا الكفـاءة ستـة فـأجبتهـم ... قـد كـان هـذا فـي الـزمـان الأقـدم
أمـا بنـو هـذا الـزمـان فـإنهـم ... لا يعـرفـون سـوى يسـار الـدرهـم

وقوله حرفة والأوجه مراعاة البلد في الحرف والصنائع التي لم ينص عليها الفقهاء. وحاصل ذلك أن ما نص الفقهاء عليه من رفعة أو دناءة نعوّل عليه وما لم ينص الفقهاء عليه يرجع فيه إلى عرف البلد وهذا هو المعتمد عند الزيادي والرملي. ففي الأمصار التاجر أعلى رتبة من الزراع وفي الأرياف الزراع أعلى رتبة من التاجر حتى لو كان عرف تلك البلد أن ابن الفلاح أشرف من ابن العالم لم يكن ابن العالم كفؤاً لبنت الفلاح.

(٢) هو شرط للصحة وقوله معسراً بالمهر أي بالحالّ منه دون ما اعتيد تأجيله وظاهره أنه لا بد أن يكون موسراً بالحال منه. ولو زاد على مهر المثل قال م ر في شرحه ويساره بحالّ صداقها كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى. فلو زوّجها من معسر به لم يصح لأنه بخسها حقها وليس مفرعاً على أن اليسار معتبر في الكفاءة خلافاً لبعض المتأخرين اهـ ولو زوّج الولي محجوره المعسر بنتاً بإجبار وليها لها ثم دفع أبو الزوج الصداق عنه بعد العقد فلا يصح لأنه كان حال العقد معسراً فالطريق أن يهب الأب ابنه قبل العقد مقدار الصداق ويقبضه له ثم يزوجه. وينبغي أن يكون مثل الهبة للولد ما يقع كثيراً من أن الأب يدفع عن الابن مقدم الصداق قبل العقد فإنه وإن لم يكن هبة إلا أنه ينزل منزلتها بل قد يدعي أنه هبة ضمنية للولد فإنّ دفعه لولي الزوجة في قوة أن يقول ملكت هذا لابني ودفعته لك عن الصداق الذي قدر لها وانظر ما ضابط اليسار بالمهر هل يشترط أن يكون فاضلاً عن الدين والخادم وعن مؤنة من تلزمه مؤنته ونحو ذلك حتى لو احتاج إلى صرف شيء من المال لشيء من ذلك لا يكون موسراً أو لا يشترط الفضل عن شيء من ذلك.

والثَّيِّبُ لاَ يَجُوزُ تَزْوِيجُهَا

غرض في تعجيل براءة ذمتها، قاله ابن العماد. وهل هذه الشروط المذكورة شروط لصحة النكاح بغير الإذن أو لجواز الإقدام فقط؟ فيه ما هو معتبر لهذا، وما هو معتبر لذلك، فالمعتبرات للصحة بغير الإذن، أن لا يكون بينها وبين وليها عداوة ظاهرة، وأن يكون الزوج كفأً، وأن يكون موسراً بحال صداقها، وما عدا ذلك شروط لجواز الإقدام [١].

قال الولي العراقي: وينبغي أن يعتبر في الإجبار أيضاً انتفاء العداوة بينها وبين الزوج، انتهى.

وإنما لم يعتبروا ظهور العداوة هنا كما اعتبر ثم لظهور الفرق بين الزوج والولي المجبر، بل قد يقال: إنه لا حاجة إلى ما قاله، لأن انتفاء العداوة بينها وبين الولي يقتضي أن لا يزوجها إلا ممن يحصل لها منه حظ ومصلحة لشفقته عليها، أما مجرد كراهتها له من غير ضرر فلا يؤثر لكن يكره لوليها أن يزوجها منه كما نص عليه في الأم، ويسن استئذان البكر إذا كانت مكلفة، لحديث مسلم: «وَالْبِكْرُ يَسْتَأْمِرُهَا أَبُوهَا»[٢] وهو محمول على الندب تطييباً لخاطرها، وأما غير المكلفة فلا إذن لها ويسن استفهام المراهقة، وأن لا تزوج الصغيرة حتى تبلغ، والسنة في الاستئذان أن يرسل إليها نسوة ثقات ينظرن ما في نفسها والأم بذلك أولى، لأنها تطلع على ما لا يطلع عليه غيرها.

مَنْ لَا تُجْبَرُ عَلَى النِّكَاحِ

(والثيب) البالغة (لا يجوز) ولا يصح (تزويجها) وإن عادت بكارتها إلا بإذنها،

---

(١) حاصله أن الشروط سبعة أربعة للصحة وهي أن لا يكون بينها وبين وليها عداوة ظاهرة ولا بينها وبين الزوج عداوة مطلقاً وإن تزوّج من كفء وأن يكون موسراً بحال الصداق فمتى فقد شرط من هذه الأربعة كان النكاح باطلاً إن لم تأذن، وثلاثة لجواز المباشرة وهي كونه بمهر مثلها ومن نقد البلد وكونه حالاً.

(٢) أخرجه مسلم ٢/١٠٣٧.

إِلَّا بَعْدَ بُلُوغِهَا وإِذْنِهَا.

فَصْــلٌ

وَالمُحَرَّمَاتُ

لخبر الدارقطني السابق، وخبر: «لَا تَنْكِحُوا الأَيَامَى حَتَّى تَسْتَأْمِرُوهُنَّ» رواه الترمذي، وقال: حسن صحيح ولأنها عرفت مقصود النكاح فلا تجبر، بخلاف البكر.

فإن كانت الثيب صغيرة غير مجنونة وغير أمة لم تزوج سواء احتملت الوطء أم لا (إلا بعد بلوغها وإذنها) لأن إذن الصغيرة غير معتبر فامتنع تزويجها إلى البلوغ أما المجنونة فيزوجها الأب والجد عند عدمه قبل بلوغها للمصلحة، وأما الأمة فلسيدها أن يزوجها، وكذا لولي السيد عند المصلحة.

تتمة ـ لو وطئت البكر في قبلها ولم تزل بكارتها كأن كانت غوراء فهي كسائر الأبكار، وإن كان مقتضى تعليلهم بممارسة الرجال خلافه، كما أن قضية كلامهم كذلك إذا زالت بذكر حيوان غير آدمي كقرد، مع أن الأوجه أنها كالثيب، ولو خلقت بلا بكارة فحكمها حكم الأبكار كما حكاه في زيادة الروضة عن الصيمري وأقره، وتصدق المكلفة في دعوى البكارة وإن كانت فاسقة، قال ابن المقري: بلا يمين وكذا في دعوى الثيوبة قبل العقد وإن لم تتزوج، ولا تسأل عن الوطء، فإن ادعت الثيوبة بعد العقد وقد زوجها الولي بغير إذنها نطقاً فهو المصدق بيمينه لما في تصديقها من إبطال النكاح بل لو شهدت أربع نسوة بثيوبتها عند العقد لم يبطل لجواز إزالتها بأصبع أو نحوه، أو أنها خلقت بدونها، كما ذكره الماوردي والروياني، وإن أفتى ابن الصلاح بخلافه.

فَصْــلٌ فِي مُحَرَّمَاتِ النِّكَاحِ[1] وَمُثْبِتَاتِ الْخِيَارِ فِيهِ

(والمحرمات) على قسمين: تحريم مؤبد وتحريم غير مؤبد، ومن الأول وإن لم يذكر الشيخان اختلاف الجنس، فلا يجوز للآدمي نكاح الجنبة كما قال ابن يونس

---

(١) أي اللاتي يحرمن نكاحهن ولا يصح والمراد التحريم الذاتي لأنه المذكور هنا لا العارضي بسبب أو إحرام أو ردة.

بِالنَّصِّ أَرْبَعَ عَشْرَةَ: سَبْعٌ بِالنَّسَبِ،

وأفتى به ابن عبدالسلام خلافاً للقمولي، قال تعالى[1]: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا﴾ [الأعراف: ١٨٩][2] والمؤبد (بالنص)[3] القطعي في الآية الكريمة الآتية عن قرب (أربع عشرة) وله ثلاثة أسباب: قرابة، ورضاع، ومصاهرة، وقد بدأ بالسبب الأول.

[القَوْلُ فِي المُحَرَّمَاتِ بِالنَّسَبِ]

والمحرمات بالنسب: وهو القرابة ذكرها بقوله (سبع) بتقديم السين على الموحدة أي يحرمن (بالنسب) لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ..﴾ [النساء: ٢٣] الآية ولما يحرم بالنسب والرضاع ضابطان[4] الأول: تحرم نساء القرابة إلا من دخلت تحت ولد العمومة أو ولد الخؤولة، والثاني: يحرم على الرجل أصوله وفصوله وفصول أول أصوله وأول فصل من كل أصل بعد

(١) هذا دليل للقول الضعيف.

(٣) أي وهي من الجنس وردّ هذا الاستدلال بأن غاية ما تفيده الآية أن زوجة آدم منه وليس فيها دلالة على أن الزوجة لا بد أن تكون من الجنس كما أفاده شيخنا واستدل القائل بالضعيف بأن النبيّ نهى عن نكاح الجن وبقوله تعالى ﴿والله جعل﴾ أي خلق ﴿لكم من أنفسكم أزواجاً﴾ وكان الأولى للشارح ذكرها بدل الآية التي ذكرها فامتنّ علينا بأن خلق أزواجنا منا. وأجيب بأن النهي للتنزيه وبأن نكاح الجنية لا يفوّت الامتنان بل كماله وأيضاً من قال بعدم صحة مناكحة الجن قال إن الجن من النار والإنس من الطين ولا مناسبة بينهما.

(٣) يقتضي أن أخت الزوجة محرمة على التأبيد وليس مراداً ففي مثل هذا الصنيع مسامحة لأن الأخيرة من ذلك ليس تحريمها مؤبداً بل للجمع فكان الأولى إبقاء المتن على ظاهره وحذف المؤبد لأن الأربع عشرة يصدق عليها أنها كلها حرام أعم من المؤبد وغيره. وأجيب عن الشارح بأن الحكم على المجموع لا على كل فرد لأن المؤبد ثلاث عشرة وهن المذكورات في آية ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ مع قوله ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾ فسبع بالنسب واثنان بالرضاع وهما المذكوران في قوله تعالى ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾ وأربع بالمصاهرة.

(٥) الضابط الأول لأبي منصور البغدادي والثاني لأبي إسحاق الأسفراييني.

وَهُنَّ الأُمُّ وَإِنْ عَلَتْ وَالْبِنْتُ وَإِنْ سَفَلَتْ، وَالأُخْتُ، وَالْخَالَةُ، وَالْعَمَّةُ، وَبِنْتُ الأَخِ، وَبِنْتُ الأُخْتِ،

الأصل الأول، فالأصول الأمهات، والفصول البنات وفصول أول الأصول الأخوات وبنات الأخ وبنات الأخت، وأول فصل من كل أصل بعد الأصل الأول العمات والخالات، والضابط الأول أرجح كما قاله الرافعي لإيجازه، ونصه على الإناث بخلاف الثاني وهي أي السبع من النسب الأول منها (الأم) أي يحرم العقد عليها، وكذا يقدر في الباقي، وضابط الأم هي: كل من ولدتك فهي أمك حقيقة أو ولدت من ولدك ذكراً كان أو أنثى كأم الأب (وإن علت) وأم الأم كذلك فهي أمك مجازاً، وإن شئت قلت: كل أنثى ينتهي إليها نسبك بالولادة بواسطة أو بغيرها.

(و) الثاني (البنت) وضابطها: كل من ولدتها فبنتك حقيقة أو ولدت من ولدها ذكراً كان أو أنثى كبنت ابن وإن نزل وبنت بنت (وإن سفلت) فبنتك مجازاً، وإن شئت قلت: كل أنثى ينتهي إليك نسبها بالولادة بواسطة أو بغيرها (و) الثالث (الأخت) وضابطها: كل من ولدها أبواك ـ أو أحدهما فأختك(و) الرابع (الخال) وضابطها: كل أخت أنثى ولدتك بلا واسطة فخالتك حقيقة أو بواسطة كخالة أمك فخالتك مجازاً وقد تكون الخالة من جهة الأب كأخت أم الأب.

تنبيه ـ كان الأولى أن يؤخر الخالة عن العمة ليكون على ترتيب الآية.

(و) الخامس (العمة) وضابطها: كل أخت ذكر ولدك بلا واسطة فعمتك حقيقة أو بواسطة كعمة أبيك فعمتك مجازاً، وقد تكون العمة من جهة الأم كأخت أبي الأم (و) السادس والسابع (بنت الأخ، وبنت الأخت) من جميع الجهات، وبنات أولادهما إن سفلن.

تنبيه ـ علم من كلام المصنف أن البنت المخلوقة من زناه ـ سواء تحقق أنها من مائه أم لا ـ تحل له، لأنها أجنبية إذ لا حرمة لماء الزنا بدليل انتفاء سائر أحكام النسب من إرث وغيره عنها، فلا تبعض الأحكام كما يقول المخالف، فإن منع الإرث إجماع كما قاله الرافعي، ولكن يكره نكاحها خروجاً من خلاف من حرمها، ولو أرضعت المرأة بلبن الزاني صغيرة فكبنته، قاله المتولي، ويحرم على المرأة وعلى

واثْنَتَانِ بِالرَّضَاعِ. الأُمُّ المُرْضِعَةُ، وَالأُخْتُ مِنَ الرَّضَاعِ.

سائر محارمها ولدها من زنا بالإجماع كما أجمعوا على أنه يرثها والفرق أن الابن كالعضو منها، وانفصل منها إنساناً، ولا كذلك النطفة التي خلقت منها البنت بالنسبة للأب، ثم شرع في السبب الثاني ـ وهو الرضاع ـ بقوله: (واثنتان بالرضاع) وهما (الأم المرضعة، والأخت من الرضاع) لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾ [النساء: ٢٣] فمن ارتضع من امرأة صارت بناتها الموجودات قبله والحادثات بعده أخوات له، وإنما ذكرت ذلك مع وضوحه، لأن كثيراً من جهلة العوام يظنون أن الأخت من الرضاع هي التي ارتضعت معه دون غيرها، ويسألون عنه كثيراً، فمرضعتك ومن أرضعتها أو ولدتها أو ولدت أباً من رضاع، وهو الفحل أو أرضعته أو أرضعت من ولدك بواسطة أو غيرها أم رضاع، وقس على ذلك الباقي من السبع بالرضاع، بما ذكر لقوله ﷺ: «يَحْرمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوِلاَدَةِ»[1] وفي رواية «مِنَ النَّسَبِ» وفي أخرى «حَرِّمُوا مِنَ الرَّضَاعِ مَا يُحَرَّمُ مِنَ النَّسَبِ» ولا يحرم عليك مرضعة أخيك أو أختك ولو كانت أم نسب حرمت عليك لأنها أمك أو موطوءة أبيك، ولا مرضعة نافلتك وهو ولد الوالد، ولو كانت أم نسب حرمت عليك لأنها بنتك أو موطوءة ابنك ولا أم مرضعة ولدك ولا بنت المرضعة، ولو كانت المرضعة أم نسب كانت موطوءتك فيحرم عليك أمها وبنتها فهذه الأربع يحرمن في النسب ولا يحرمن في الرضاع، فاستثناها بعضهم من قاعدة: «يُحْرَمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ» والمحققون كما في الروضة على أنها لا تستثنى لعدم دخولها في القاعدة، لأنهن إنما يحرمن في النسب لمعنى لم يوجد فيهن في الرضاع كما قررته، ولا تحرم عليك أخت أخيك سواء كانت من نسب كأن كان لزيد أخ لأب وأخت لأم فلأخيه نكاحها أم من رضاع كأن ترضع امرأة زيداً وصغيرة أجنبية منه، فلأخيه لأبيه نكاحها وسواء كانت الأخت أخت أخيك لأبيك لأمه كما مثلنا أم أخت أخيك لأمك لأبيه مثاله في النسب أن يكون لأبي أخيك بنت من غير أمك فلك نكاحها وفي الرضاع أن ترضع صغيرة بلبن أبي أخيك لأمك فلك نكاحها.

---

(١) أخرجه البخاري ٩/ ١٣٩ (٥٠٩٩) ومسلم ٢/ ١٠٦٨ (٢/ ١٤٤٤).

وأَرْبَعٌ بِالْمُصَاهَرَةِ. أُمُّ الزَّوْجَةِ. وَالرَّبِيبَةُ إِذَا دَخَلَ بِالأُمِّ.

[القَوْلُ فِي المُحَرَّمَاتِ بِالْمُصَاهَرَةِ]

ثم شرع في السبب الثالث ـ وهو المصاهرة ـ بقوله (وأربع بالمصاهرة) هن (أم الزوجة) بواسطة أو بغيرها من نسب أو رضاع، سواء أدخل بها أم لا، لإطلاق قوله تعالى: ﴿**وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ**﴾ [النساء: ٢٣] (والربيبة إذا دخل بالأم)[١] بعقد صحيح أو فاسد، لإطلاق قوله تعالى: ﴿**وَرَبَائِبُكُمُ اللاتِي فِي حُجُورِكُمْ**[٢] **مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ**﴾ [النساء: ٢٣] وذكر الحجور خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له.

فإن قيل[٣] لم أعيد الوصف إلى الجملة الثانية ولم يعد إلى الجملة الأولى وهي

(١) أي بوطء ولو في الدبر ومثله استدخال الماء ولو في الدبر أيضاً والمراد الماء المحترم حال الإنزال بأن لا يخرج منه على وجه الزنا لإحالة الإدخال فلو أنزل في زوجته فساحقت بنته فحملت منه لحقه الولد. والحاصل أن استدخال الماء المحترم حكمه حكم الدخول في لحوق النسب وعدم بينونتها إذا طلقت قبل الدخول وبعد استدخال المنيّ. وفي ثبوت المصاهرة لا تحليل ولا إحصان أي لا تصير باستدخال ماء زوجها المحترم حليلة لزوجها الأول ولا محصنة وغسل ومهر فليس استدخال المنيّ فيها كالوطء والمعتبر الدخول في الحياة. والحاصل أن الدخول بالأمهات يحرم البنات والعقد على البنات يحرم الأمهات.

(٢) جمع حجر بالفتح والكسر في الأصل حضن الإنسان وهو ما دون إبطه إلى الكشح يقال فلان في حجر فلان أي في كنفه ومنعته. وقال البيضاوي وفائدة قوله في حجوركم تقوية العلة وتمكينها. والمعنى أن الربائب إذا دخلتم بأمهاتهن في احتضانكم قوي الشبه بينها وبين أولادكم وصارت حقاً بأن تجروها مجراهم لا تقييد للحرمة وإليه ذهب جمهور العلماء.

(٣) حاصله أن الوصف بقوله ﴿اللاتي دخلتم بهن﴾ عائد إلى لفظ النساء الثاني دون الأول لما ذكره ولا يخفى ما في عبارته من التسامح أي قوله إلى الجملة الثانية فهي مسامحة إذ لا جملة هنا بل هنا مفرد وكذا قوله عقب الجمل فيه مسامحة وأيضاً فإن السؤال في جهة والجواب في جهة لأن السؤال يرجع إلى قاعدة أصولية وهي أن الصفة تعود لجميع المتعاطفات تقدمت أو تأخرت أو توسطت والجواب يرجع لقاعدة نحوية وهي أنه إذا كان هناك عاملان ومعمولان وصفتان للمعمولين واتحد العاملان معنى وعملاً وجب إتباع الصفة لموصوفها في الإعراب وإلا قطعت عنه في الإعراب فكان الأولى في الجواب أن يقال صدّ عن العمل بذلك الإجماع.

وَزَوْجَةُ الأَبِ،

﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] مع أن الصفات عقب الجمل تعود إلى الجميع؟.

أجيب بأن «نسائكم» الثاني مجرور بحرف الجر، و«نسائكم» الأول مجرور بالمضاف وإذا اختلف العامل لم يجز الاتباع ويتعين القطع.

تنبيه ـ قضية كلام الشيخ أبي حامد وغيره أنه يعتبر في الدخول أن يقع في حياة الأم فلو ماتت قبل الدخول ووطئها بعد موتها لم تحرم بنتها لأن ذلك لا يسمى دخولاً وإن تردد فيه الروياني.

فإن قيل لم يعتبروا الدخول في تحريم أصول البنت واعتبروا في تحريم البنت الدخول؟.

أجيب بأن الرجل يبتلي عادة بمكالمة أمها عقب العقد لترتيب أموره فحرمت بالعقد ليسهل ذلك بخلاف بنتها.

تنبيه ـ من حرم بالوطء لا يعتبر فيه صحة العقد كالربيبة، ومن حرم بالعقد فلا بد فيه من صحة العقد نعم لو وطىء في العقد الفاسد حرم بالوطء فيه لا بالعقد.

فائدة ـ الربيبة ـ بنت الزوجة وبناتها وبنت ابن الزوجة وبناتها ذكره الماوردي في تفسيره، ومن هذا يعلم تحريم بنت الربيبة وبنت الربيب لأنها من بنات أولاد زوجته وهي مسألة نفيسة يقع السؤال عنها كثيراً، وكل من وطىء امرأة بملك حرم عليه أمهاتها وبناتها وحرمت هي على آبائه وأبنائه تحريماً مؤبداً بالإجماع وكذا الموطوءة الحية بشبهة في حقه كأن ظنها زوجته أو أمته يحرم عليه أمهاتها وبناتها وتحرم هي على آبائه وأبنائه كما يثبت في هذا الوطء النسب ويوجب العدة لا المزني بها فلا يثبت بزناها حرمة المصاهرة فللزاني نكاح أم من زنى بها وبنتها ولابنه وأبيه نكاحها هي وبنتها لأن الله تعالى امتن على عباده بالنسب والصهر فلا يثبت بالزنا كالنسب وليست مباشرة كلمس وقبلة بشهوة كوطء لأنها لا توجب العدة فكذا لا توجب الحرمة.

(و) تحرم (زوجة الأب) وهو: من ولدك بواسطة أو غيرها أباً أو جداً من قبل الأب أو الأم وإن لم يدخل بها لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ

وَزَوْجَةُ الابْنِ وَوَاحِدَةٌ مِنْ جِهَةِ الجَمْعِ وَهِيَ أُخْتُ الزَّوْجَةِ، وَلاَ يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا، وَلاَ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا،

النِّسَاءِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٢] قال الشافعي في الأم: يعني في الجاهلية قبل علمكم بتحريمه (و) تحرم (زوجة الابن) وهو من ولدته بواسطة أو غيرها وإن لم يدخل ولدك بها لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣].

تنبيه ـ لا فرق في الفرع والأصل بين أن يكون من نسب أو رضاع أما النسب فللآية وأما الرضاع فللحديث المتقدم.

فإن قيل إنما قال تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] فكيف حرمت حليلة الابن من الرضاع؟.

أجيب بأن المفهوم[1] إنما يكون حجة إذا لم يعارضه منطوق وقد عارضه هنا منطوق قوله ﷺ: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ». فإن قيل فما فائدة التقييد في الآية حينئذ؟.

أجيب بأن فائدة ذلك إخراج حليلة المتبنى فلا يحرم على المرء زوجة من تبناه لأنه ليس بابن له ولا تحرم بنت زوج الأم ولا أمه ولا بنت زوج البنت وأمه ولا أم زوجة الأب ولا بنتها ولا أم زوجة الابن ولا بنتها ولا زوجة الربيب ولا زوجة الراب.

[الْقَوْلُ فِي التَّحْرِيمِ غَيْرِ الْمُؤَبَّدِ]

ثم شرع في القسم الثاني ـ وهو التحريم غير المؤبد ـ بقوله (و) تحرم (واحدة من جهة الجمع) في العصمة (وهي أخت الزوجة) فلا يتأبد تحريمها بل تحل بموت أختها أو بينونتها لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣] ولما في ذلك من قطيعة الرحم وإن رضيت بذلك فإن الطبع يتغير (ولا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها) من نسب أو رضاع ولو بواسطة لخبر: «لَا تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ

---

(١) فإن قلت المفهوم هنا خاص والقاعدة تقديمه على العام. قلت منع من ذلك الإجماع على تحريم زوجة الابن رضاعاً.

وَيَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ.

عَلَى عَمَّتِهَا وَلاَ العَمَّةُ عَلَى بِنْتِ أَخِيهَا وَلاَ الْمَرْأَةُ عَلَى خَالَتِهَا وَلاَ الْخَالَةُ عَلَى بِنْتِ أُخْتِهَا لاَ الكُبْرَى عَلَى الصُّغْرَى وَلاَ الصُّغْرَى عَلَى الْكُبْرَى» رواه الترمذي وغيره وصححوه لما مر من التعليل في الأختين.

[القَوْلُ فِي التَّحْرِيمِ بِالرَّضَاعِ]

(ويحرم من) النساء بسبب (الرضاع ما يحرم) منهن (من النسب) وهو السبعة المتقدمة وقدمنا أنه يحرم زوجة والده من الرضاع وزوجة ولده كذلك وبنت زوجته كذلك أما تحريم الأم والأخت من الرضاع فلما مر وأما تحريم البواقي فللحديث المار وهو: «يحْرَمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ».

تنبيه ـ من حرم جمعهما بنكاح حرم أيضاً في الوطء بملك اليمين أو ملك ونكاح، وله، تملكهما بالإجماع فإن وطىء واحدة منهما ولو مكرهاً حرمت الأخرى حتى يحرم الأولى بإزالة ملك أو نكاح أو كتابة إذ لا جمع حينئذ بخلاف غيرها كحيض ورهن وإحرام وردة لأنها لا تزيل الملك ولا الاستحقاق فلو عادت الأولى كأن ردت بعيب قبل وطء الأخرى فله وطء أيتهما شاء بعد استبراء العائدة أو بعد وطئها حرمت العائدة حتى يحرم الأخرى ويشترط أن تكون كل منهما مباحة على انفرادها فلو كانت إحداهما مجوسية أو نحوها كمحرم فوطئها جاز له وطء الأخرى، نعم لو ملك أماً وبنتها فوطىء إحداهما حرمت الأخرى مؤبداً كما علم مما مر ولو ملك أمة ثم نكح من يحرم الجمع بينهما وبينها كأن نكح أختها الحرة أو عمتها أو خالتها، أو نكح امرأة ثم ملك من يحرم الجمع بينها وبينها كأن ملك أختها حلت المنكوحة في المسألتين دون المملوكة لأن فراش النكاح أقوى إذ يتعلق به الطلاق والظهار والإيلاء وغيرها بخلاف الملك.

وَتُـرَدُّ الْمَـرْأَةُ بِخَمْسَـةِ عُيُـوبٍ : بِـالجُنُـونِ،

[القَوْلُ فِيمَا تُرَدُّ بِهِ الْمَرْأَةُ وَيُثْبِتُ الخِيَارَ لِلرَّجُلِ]

ثم شرع في مثبتات الخيار[١] بقوله (وترد المرأة) بالبناء للمفعول أي يثبت للزوج خيار فسخ نكاحه[٢] (بخمسة عيوب)[٣] أي بواحدة منها إن أوهمت عبارته أنه لا بد من اجتماعها، أشار إلى الأول بقوله (بالجنون) وإن تقطع وكان قابلاً للعلاج، والجنون زوال لحشور من القلب مع بقاء الحركة والقوة في الأعضاء واستثنى المتولي من

(١) شروع في الترجمة الثانية من الفصل السابق والمذكور منها هنا قسم واحد وهو العيوب المذكورة ومنها خلف الشرط وخلف الظن فلو شرط كونها بيضاء فبانت سمراء أو كونه أبيض فبان أسمر وكون أحدهما جميلاً فبان قبيحاً وهكذا فلكل منهماالخيـار. وهل مثله الكحل والدعج والسمن وغيرها مما ذكر في السلم أولا؟ ويفرق بأن هذه الأمور تقصد في النكاح لأن المراد به التمتع ولا كذلك الرقيق لما مر في السلم أن المقصود منه الخدمة وهي لا تختلف بهذه الأمور فيهنظر. والظاهر الثاني لما ذكر فيه ومما يثبت الخيار عتقها تحت من به رق والإعسار بالمهر قبل الدخول والإعسار بالنفقة مطلقاً وهو شامل للكسوة والمسكن. وحاصل العيوب المذكورة هنا أنها عشرة تفصيلاً سبعة إجمالاً لعموم الثلاثة الأول والعيب إما مشترك وهو الجنون والجذام والبرص وإما مختص بالزوج وهو الجب والعنة أو بها وهو الرتق والقرن. واستشكل تصوير فسخها بالعيب بأنها إن علمت به فلا خيار وإلا بطل النكاح لانتفاء الكفاءة. وأجاب ابن الرفعة بأن صورته أن تأذن في معين غير كفء ويزوّجها الولي منه بناء على أنه سليم فإن المذهب صحة النكاح كما صرح به الإمام ويثبت الخيار.

(٢) فوائد الفسخ ثلاث: الأولى أنه لا ينقص عدد الطلاق. الثانية أنه إذا علم بالعيب قبل الدخول وفسخ لا يلزمه شيء من المهر بخلاف ما لو طلقها فإنه يلزمه نصف المهر. الثالثة أنه إذا وطئها وتبين بها عيب وفسخ النكاح سقط المسمى ويلزمه مهرالمثل. ولو طلق لزمه المسمى ع ش وقوله ويلزمه مهر المثل أي ويرجع بالزائد إن كان دفعه وإذا أراد رجوعها احتيج لعقد جديد وصح رجوعها ولو في العدة ولا تحتاج إلى محلل وزاد بعضهم رابعاً وهو أنه لا نفقة لها وإن كانت حاملاً وإن فسخ بمقارن للعقد بخلاف الطلاق ولها السكنى. واعلم أن الإضافة في قوله خيار فسخ على معنى في وخرج بالزوج وليه وسيده فلا خيار لهما مطلقاً لأنه لا ضرر عليهما ولا عار يلحقهما.

(٣) كلامه في المثبتات للخيار ولو من غير شرط وسكت عن المثبتات للخيار إذا شرطت في العقد ومنها الإسلام والحرية والبكارة.

وَالْجُذَام وَالْبَرَصِ، وَالرَّتَقِ، وَالقَرَنِ،

المتقطع الخفيف الذي يطرأ في بعض الزمان وأما الإغماء بالمرض فلا يثبت به خيار كسائر الأمراض ومحله كما قاله الزركشي فيما تحصل منه الإفاقة كما هو الغالب أما الميئوس من زواله فكالجنون كما ذكره المتولي وكذا إن بقي الإغماء بعد المرض فيثبت به الخيار كالجنون وألحق الشافعي الخيل بالجنون والصرع نوع من الجنون[1] كما قاله بعض العلماء.

(و) **الثاني** ـ (الجذام) وهو علة يحمر منها العضو ثم يسود ثـم يتقطع ويتناثر ويتصور ذلك في كل عضو ولكنه في الوجه أغلب.

(و) **الثالث** ـ (البرص) وهو بياض شديد يبقع الجلد ويذهب دمويته هذا إن كانا مستحكمين بخلاف غيرهما من أوائل الجذام والبرص لا يثبت به الخيار كما صرح به الجويني قال: والاستحكام في الجذام يكون بالتقطع وتردد الإمام فيه وجوز الاكتفاء باسوداده وحكم أهل المعرفة باستحكام العلة ولم يشترطوا في الجنون الاستحكام قال الزركشي: ولعل الفرق أن الجنون يفضي إلى الجناية.

(و) **الرابع** ـ (الرتق) وهو بفتح الراء المثناة الفوقية ـ انسداد الفرج باللحم ويخرج البول من ثقبة صغيرة كإحليل الرجل قاله في الكفاية.

(و) **الخامس** ـ (القرن) وهو بفتح القاف وكذا الراء على الأرجح ـ انسداد الفرج بعظم على الأصح وقيل: بلحم وعليه فالرتق والقرن[2] واحد فيثبت له الخيار بكل

---

(١) فيه أنه من الجن وقضيته أن الصرع إذا لم يكن من جنون لا يكون عيباً فليراجع وفي القاموس الصرع علة تمنع الأعضاء النفسية عن أفعالها منعاً غير تام.

(٢) والحاصل أنه يثبت للزوج الخيار بعيب الزوجة سواء كان العيب مقارناً للعقد أو حدث بين العقد والوطء أو حدث بعد الوطء ولا خيار له بغير ما في المتن كضيق المنفذ والقروح السيالة والبول عند الجماع والبخر والصنان المستحكم والخنوثة الواضحة قبل العقد. ومثل البول التغوّط عند الجماع والإنزال قبله والبهق وأما المرض الدائم الذي لا يمكن معه الجماع وقد أيس من زواله فهو من طرق العنة وليس قسماً مستقلاً خارجاً عنها وحينئذ يفصل فيه بين كونه قبل الوطء أو بعده.

وَيُرَدُّ الرَّجُلُ بِخَمْسَةِ عُيُوبٍ: بِالْجُنُونِ، وَالْجُذَامِ، وَالْبَرَصِ، وَالْجَبِّ، وَالْعُنَّةِ.

منهما، لأنه يخل بمقصود النكاح كالبرص وأولى لأن البرص لا يمنعه بالكلية، بل ينفر منه وليس للزوج إجبارها على شق الموضع فإن شقته وأمكن الوطء فلا خيار ولا تمكن الأمة من الشق قطعاً إلا بإذن السيد.

[القَوْلُ فِيمَا يُثْبِتُ الخِيَارَ لِلْمَرْأَةِ وَيَرُدُّ نِكَاحَ الرَّجُلِ]

(ويرد الرجل) أيضاً بالبناء للمفعول: أي يثبت للمرأة فسخ نكاحها منه (بخمسة عيوب) أي بواحد منهما كما مر وأشار إلى ثلاثة منها بقوله (بالجنون، والجذام، والبرص) على ما مر بياناً وتحريراً في كل منها: .

(و) **الرابع** ـ (الجب) وهو ـ بفتح الجيم ـ قطع جميع الذكر مع بقاء الأنثيين أو لم يبق منه قدر الحشفة أما إذا بقي منه ما يولج قدرها فلا خيار لها على الأصح فلو تنازعا في إمكان الوطء به قبل قوله على الأصح وخرج به الخصي وهو من قطعت أنثياه وبقي ذكره فلا خيار لها به على الأصح لقدرته على الجماع وقال ابن الملقن في شرح الحاوي: ويقال إنه أقدر عليه لأنه لا ينزل فلا يعتريه فتور.

(و) **الخامس** ـ (العنة) في المكلف قبل الوطء في قبلها وهو ـ بضم المهملة وتشديد النون ـ علة في القلب أو الكبد أو الدماغ أو الآلة تسقط الشهوة الناشرة للآلة فتمنع الجماع وخرج بقيد المكلف الصبي والمجنون فلا تسمع دعوى العنة في حقهما، لأن ذلك إنما يثبت بإقرار الزوج أو بيمينها بعد نكوله وإقرارهما لغو: وبقيد قبل الوطء العنة الحادثة بعده ولو مرة بخلاف حدوث الجب بعد الوطء، فإنه يثبت به خيار الفسخ على الأصح في الروضة وفرق بتوقع زوال العنة بحصول الشفاء وعود الداعية للاستمتاع فهي مترجية، لحصول ما يعفها بخلاف الجب ليأسها من توقع حصول ما يعفها.

تنبيه ـ ثبوت الخيار بهذه العيوب قال به جمهور العلماء وجاءت به الآثار، وصح ذلك عن عمر رضي الله تعالى عنه في الثلاثة الأول وهي المشتركة بين الزوجين، رواه الشافعي وعول عليه لأن مثله لا يكون إلا عن توقيف وفي الصحيح: «فِرَّ مِنَ الْمَجْذُومِ

. . . .

فِرَارَكَ مِنَ الأَسَدِ»[١] قال الشافعي في الأم وأما الجذام والبرص فإنه أي كلاً منهما يعدي الزوج والولد وقال في موضع آخر الجذام والبرص مما يزعم أهل العلم بالطب والتجارب أنه يعدي كثيراً وهو مانع للجماع لا تكاد النفوس تطيب أن تجامع من هو به والولد قلما يسلم منه فإن أسلم أدرك نسله.

فإن قيل: كيف قال الشافعي إنه يعدي وقد صح في الحديث: «لاَ عَدْوَى» أجيب بأن مراده أنه يعدي بفعل الله تعالى لا بنفسه والحديث ورد رداً لما يعتقده أهل الجاهلية من نسبة الفعل لغير الله تعالى.

ولو حدث بالزوج بعد العقد عيب كأن جب ذكره ولو بعد الدخول ولو بفعلها ثبت لها الخيار، بخلاف حدوث العنة بعد الدخول كما مرت الإشارة إليه وإلى الفرق بين الجب والعنة، ولو حدث بها عيب تخير الزوج قبل الدخول وبعده، كما لو حدث به، ولا خيار لولي بحادث وكذا بمقارن جب وعنة للعقد ويتخير بمقارن جنون الزوج وإن رضيت الزوجة به وكذا بمقارن جذام وبرص في الأصح للعار.

والخيار في الفسخ بهذه العيوب إذا ثبتت يكون على الفور لأنه خيار عيب فكان على الفور كما في البيع، ويشترط في الفسخ بعيب العنة وكذا باقي العيوب رفع إلى حاكم لأنه مجتهد فيه فأشبه الفسخ بالإعسار وتثبت العنة بإقرار الزوج أو بينة على إقراره لأنه لا مطلع للشهود عليها، وتثبت أيضاً بيمينها بعد نكوله وإذا ثبتت، ضرب القاضي له سنة، كما فعله عمر رضي الله تعالى عنه لطلب الزوجة لأن الحق لها فإذا تمت رفعته إلى القاضي فإن قال «وطئت» حلف فإن نكل حلفت واستقلت بالفسخ كما يستقل بالفسخ من وجد بالمبيع عيباً.

خاتمة ـ حيث اختلف الزوجان في الإصابة كان المصدق نافيها أخذا بالأصل إلا في مسائل: الأولى العنين كما مر الثانية المولي، وهو كالعنين في أكثر ما ذكر، الثالثة إذا ادعت المطلقة ثلاثاً أن المحلل وطئها وفارقها وانقضت عدتها منه وأنكر المحلل

---

(١) أخرجه البخاري ١٠/١٥٨ (٥٧٠٧) ومسلم ٤/١٧٤٣ (١٠٢/ ٢٢٢٠).

فَصْـــلٌ

الوطء فتصدق بيمينها لحلها للأول، الرابعة إذا علق طلاقها[١] بعدم الوطء ثم ادعاه وأنكرته صدق بيمنيه لأن الأصل بقاء النكاح، وذكرت صوراً أخرى في شرح المنهاج من أرادها فليراجعه.

فَصْـلٌ فِي الـصَّدَاقِ

وهو ـ بفتح الصاد أشهر من كسرها ـ ما وجب بنكاح أو وطء[٢] أو تفويت بضع قهراً كرضاع[٣] ورجوع شهود[٤].

---

(١) كقوله إن لم أطأك هذه الليلة فأنت طالق وقوله فادعاه أي الوطء لأجل عدم الوقوع ولو شرطت بكارتها فوجدت ثيباً فقالت افتضني وأنكر صدقت لدفع الفسخ وهو لدفع كمال المهر. ولو قال أنت طالق للسنة فقالت أنا طاهر ولم تطأ في هذا الطهر فيقع حالاً وقال أنا وطئت فيه فلا يقع حالاً صدق هو لأن الأصل بقاء العصمة ونظيره ما أفتى به القاضي فيما إذا لم أنفق عليك اليوم فأنت طالق فادعى الإنفاق فيصدق لدفع الطلاق وهي لبقاء النفقة عملاً بالأصل فيهما اهـ أ ج ونظم ذلك بعضهم فقال:

القـــول قـــول واطـــيء فـــي ستـــه ... مضبـــوطـــة بـــالحفـــظ عنـــد الثقـــه

الخلـــف فـــي التحليـــل والثيـــوبـــه ... والـــوطء مـــع فـــرع أتـــى وعنـــه

ومثـــــل ذا الإيـــــلاء والتعليـــــق ... بطلقـــــة لسنـــــة تحقيـــــق

ونظمها بعضهم أيضاً فقال:

إذا اختلـف الـزوجـان فـي وطئـه لهـا ... فمـن منهمـا ينفيـه فـالقـول قـولـه

سـوى صـور سـت فمثبتـه هـو الـ ... ـمصـدق فـاحفـظ مـا تبيـن نقلـه

إذا اختلفـا فـي الـوطء قبـل طـلاقهـا ... وجـاء لـه منهـا علـى الفـرش نجلـه

فـأنكـره فـالقـول فـي ذاك قـولهـا ... ويلـزمـه شـرعـاً لهـا المهـر كلـه

(٢) أي في شبهة أو تفويض أو كان العقد فاسداً وسواء كان الوطء في القبل أو الدبر فلا يجب باستدخال المرأة منيّ زوجها أو غيره ولو في القبل ولا بنحو خلوة ولو في نحو رتقاء كما يأتي. ومقتضى ما ذكر أن وطء الأجنبية في دبرها يوجب المهر ولعله يفارق الذكر بأنه ليس محلاً للوطء كالبهيمة أو يخص الوطء في الدبر بكونه في الزوجة وهو الوجه نظراً لوجود العقد فيها.

(٣) كأن أرضعت زوجته الكبرى الصغرى بأن كانت دون سنتين وأرضعتها خمس رضعات متفرقات فإنه ينفسخ نكاح الاثنين لأن الكبرى صارت أم زوجته ويجب عليها نصف المهر للصغيرة ولا يجب عليها مهرها لئلا يخلو نكاحها مع الوطء عن غير مهر خلافاً للقليوبي.

(٤) بأن شهد جماعة شهادة حسبة بأنه طلقها طلاقاً بائناً وفرق القاضي بينهما ثم رجعوا عن الشهادة. =

وَيُسْتَحَبُّ تَسْمِيَةُ المَهْرِ فِي النِّكَاحِ، فَإِنْ لَمْ يُسَمَّ صَحَّ الْعَقْدُ،

والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤] أي عطية من الله مبتدأة، والمخاطب بذلك الأزواج عند الأكثرين وقيل الأولياء لأنهم كانوا في الجاهلية يأخذونه ويسمونه نحلة لأن المرأة تستمتع بالزوج كاستمتاعه بها. وأكثر فكأنها تأخذ الصداق من غير مقابل وقوله تعالى: ﴿فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وقوله ﷺ لمريد التزويج: «الْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَماً مِنْ حَدِيدٍ»[1] رواه الشيخان.

(ويستحب) للزوج (تسمية المهر) للزوجة (في) صلب (النكاح) أي العقد لأنه ﷺ لم يخل نكاحاً عنه ولأنه أدفع للخصومة ولئلا يشبه نكاح الواهبة نفسها له ﷺ ويؤخذ من هذا أن السيد إذا زوج عبده أمته أنه يستحب له ذكر المهر وهو ما في الروضة تبعاً لبعض نسخ الشرح الكبير وهو المعتمد إذ لا ضرر في ذلك وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين، ويسن أن لا يدخل بها حتى يدفع إليها شيئاً من الصداق خروجاً من خلاف من أوجبه (فإن لم يسم) صداقاً بأن أخلى العقد منه (صح العقد) بالإجماع، لكن مع الكراهة كما صرح به الماوردي والمتولي وغيرهما وقد تجب التسمية في صور: الأولى إذا كانت الزوجة غير جائزة التصرف أو مملوكة لغير جائز التصرف، الثانية إذا كانت جائزة التصرف وأذنت لوليها أن يزوجها ولم تفوض فزوجها هو أو وكيله، الثالثة إذا كان الزوج غير جائز التصرف، وحصل الاتفاق في هذه الصورة على أقل من مهر مثل الزوجة وفيما عداها على أكثر منه فتتعين تسميته بما وقع الاتفاق عليه

= ومن صور رجوع الشهود أن يشهدا بأن بين الزوجين رضاعاً محرماً فيفرّق بينهما القاضي ثم يرجعان عن الشهادة فيغرمان المهر للتفويت ولا يعود النكاح لأن رجوعهم لا يقبل بالنسبة له ومحل رجوع الزوج عليهم بشروط أن لا يصدقهم وأن تكون شهادتهم على حيّ وإلا فلا غرم عليهم وأن لا يثبت عدم النكاح بالمرة فإن شهدوا بالطلاق مثلاً ثم شهد آخران أنها أخته من الرضاع فلا غرم أيضاً وظاهر قوله ورجوع شهود أنه مثال للتفويت وفيه نظر لأن تفويت البضع حصل بالشهادة لا بالرجوع عنها إلا أن يقال الواو بمعنى أو فهو معطوف على تفويت فيكون مثالاً لوجوب الصداق لا لتفويت البضع لأن الصداق لم يجب برجوع الشاهدين عن الشهادة.

(١) أخرجه البخاري ٩/ ١٩٠ (٥١٣٥) ومسلم ٢/ ١٠٤٠ (٧٦/ ١٤٢٥).

وَوَجَبَ الْمَهْرُ بِثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ، أَنْ يَفْرِضَهُ الزَّوْجُ عَلَى نَفْسِهِ، أَوْ يَفْرِضَهُ الْحاكِمُ، أَوْ يَدْخُل بِهَا

ولا يجوز إخلاؤه منه وإذا خلا العقد عن التسمية فإن لم تكن مفوضة استحقت مهر المثل بالعقد.

[القَوْلُ فِي وُجُوبِ مَهْرِ الْمُفَوّضَةِ]

(و) إذا كانت مفوضة[1] بأن قالت رشيدة لوليها زوجني بلا مهر ففعل (وجب المهر بثلاثة أشياء) أي بواحد منها، الأول، (أن يفرضه) أي يقدره (الزوج على نفسه) قبل الدخول، ولها حبس نفسها ليفرض لها لتكون على بصيرة من تسليم نفسها، ولها بعد الفرض حبس نفسها لتسليم المفروض الحال كالمسمى في العقد، أما المؤجل فليس لها حبس نفسها له كالمسمى في العقد ويشترط رضاها بما يفرضه الزوج لأن الحق لها، فإن لم ترضَ به فكأنه لم يفرض وهذا كما قال الأذرعي إذا فرض دون مهر المثل أما إذا فرض لها مهر مثلها حالاً من نقد البلد وبذله لها وصدقته على أنه مهر مثلها فلا يعتبر رضاها لأنه عبث، ولا يشترط علم الزوجين حيث تراضيا على مهر بقدر مهر المثل، لأنه ليس بدلاً عنه، بل الواجب أحدهما ويجوز فرض مؤجل بالتراضي وفوق مهر المثل، والثاني ما أشار إليه بقوله (أو يفرضه الحاكم) إذا امتنع الزوج من الفرض لها أو تنازعا في قدر المفروض كم يفرض لأن منصبه فصل الخصومات، ولكن يفرضه الحاكم حالاً من نقد البلد كما في قيم المتلفات لا مؤجلاً ولا بغير نقد البلد وإن رضيت الزوجة بذلك لأن منصبه الإلزام بمال حال من نقد البلد ولها إذا فرضه حالاً تأخير القبض، بل لها تركه بالكلية لأن الحق لها، ويفرض مهر المثل بلا زيادة ولا نقص، ويشترط علم الحاكم بمهر المثل لا يزيد عليه ولا ينقص عنه إلا بالتفاوت اليسير، ولا يصح فرض أجنبي من ماله، لأنه خلاف ما يقتضيه العقد والفروض الصحيح كمسمى في العقد، فينشطر بالطلاق بعد عقد وقبل: وطء، سواء أكان المفروض من الزوجين أو من الحاكم والثالث: ما أشار إليه بقول (أو يدخل بها) بأن

---

(١) سميت المرأة مفوضة بكسر الواو لتفويض أمرها إلى الولي بلا مهر والمراد بأمرها أمر بضعها وهو العقد عليه، وبفتحها لأن الولي فوّض أمرها إلى الزوج أي جعل له دخلاً في إيجابه إلى فرضه أو إلى الحاكم.

فَيَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ.

فَصْــلٌ

يطأها ولو في حيض أو إحرام أو دبر (فيجب) لها (مهر المثل) وإن أذنت له في وطئها، بشرط أن لا مهر لها، لأن الوطء لا يباح بالإباحة، لما فيه من حق الله تعالى: والمعتبر في مهرِ مثل المفوضة أكثر مهر المثل من العقد إلى الوطء لأن البضع دخل بالعقد في ضمانه واقترن به الإتلاف فوجب الأكثر كالمقبوض، بشراء فاسد، ولو طلق الزوج قبل فرض ووطء فلا شطر، وإن مات أحد الزوجين قبلهما وجب لها مهر المثل لأنه كالوطء في تقرير المسمى فكذا في إيجاب مهر المثل في التفويض وهل يعتبر مهر المثل هنا بالأكثر كما مر أو بحال العقد أو الموت؟ أوجه في الروضة وأصلها بلا ترجيح، أوجهها أولها، لأن البضع دخل في ضمانه بالعقد وتقرر عليه بالموت كالوطء ولو قتل السيد أمته أو قتلت نفسها قبل دخول سقط مهرها، بخلاف ما لو قتلها أجنبي أو قتلت الحرة نفسها قبل دخول لا يسقط مهرها.

فَـصْلٌ فِي مِقْدَارِ مَهْرِ الْمَثَلِ

ومهر المثل: ما يرغب به في مثلها عادة.

وركنه الأعظم: نسب في النسيبة وقوع التفاخر به كالكفاءة في النكاح وظاهر كلام الأكثرين اعتبار ذلك في العجم كالعرب وهو المعتمد، لأن الرغبات تختلف بالنسب مطلقاً فيراعى أقرب من تنسب إليه، فأقربهن أخت لأبوين، ثم لأب ثم بنات أخ لأبوين ثم لأب ثم عمات لأبوين ثم لأب لأن المدلي بجهتين يقدم على المدلي بجهة ثم بنات الأعمام لأبوين ثم لأب فإن تعذر اعتبار نساء العصبة اعتبر بذوات الأرحام كالجدات والخالات لأنهن أولى من الأجانب ويقدم من نساء الأرحام الأم ثم الجدات، ثم الخالات، ثم بنات الأخوات، ثم بنات الأخوال، والمراد بالأرحام هنا قرابات الأم لا ذوو الأرحام المذكورون في الفرائض، لأن أمهات الأم لسن من المذكورين في الفرائض، ويعتبر مع ما تقدم سن وعفة وعقل وجمال ويسار وفصاحة وبكارة وثيوبة وما اختلف به غرض كالعلم والشرف لأن المهور تختلف باختلاف الصفات، ويعتبر مع ذلك البلد، فإن كان نساء العصبة ببلدين هي في إحداهما اعتبر

وَلَيْسَ لأَقَلِّ الصَّدَاقِ وَلاَ لأَكْثَرِهِ حَدٌّ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا عَلَى مَنْفَعَةٍ مَعْلُومَةٍ.

بعصبات بلدها، فإن كن كلهن ببلدة أخرى فالاعتبار بهن لا بأجنبيات بلدها كما قاله في الروضة.

(وليس لأقل الصداق ولا لأكثره حد) بل ضابطه: كل ما صح كونه مبيعاً عوضاً أو معوضاً صح كونه صداقاً، وما لا فلا، فلو عقد بما لا يتمول ولا يقابل بمتمول كحبتي حنطة لم تصح التسمية ويرجع لمهر المثل[1] وكذا إذا أصدقها ثوباً لا يملك غيره فلا يصح لتعلق حق الله تعالى به في ستر العورة كما قال الزركشي مستدلاً بقوله ﷺ للذي أراد التزوج على إزاره: «إِزَارُكَ هَذَا إِنْ أَعْطَيْتَهُ إِيَّاهَا جَلَسْتَ وَلاَ إِزَارَ لَكَ» وهذا داخل في قولنا: ما صح مبيعاً صح صداقاً، ويسن أن لا ينقص المهر عن عشرة دراهم خروجاً من خلاف أبي حنيفة وأن لا يزيد على خمسمائة درهم كأصدقة بناته ﷺ وزوجاته، وأما إصداق أم حبيبة أربعمائة دينار فكان من النجاشي إكراماً له ﷺ.

[القَوْلُ فِي الزَّوَاجِ عَلَى مَنْفَعَةٍ]

(ويجوز أن يتزوجها على منفعة معلومة) تستوفى بعقد الإجارة: كتعليم فيه كلفة وخياطة ثوب وكتابة ونحوها إذا كان يحسن تلك المنفعة فإن لم يكن يحسنها والتزم في الذمة جاز، ويستأجر لها من يحسنها، وإن التزم العمل بنفسه لم يصح على الأصح لعجزه، وخرج بقيد المعلومة المنفعة المجهولة فلا يصح أن يكون صداقاً، ولكن يجب مهر المثل، وإطلاق التعليم فيما تقدم لما يجب تعلمه كالفاتحة وغيرها، والقرآن والحديث والفقه والشعر والخط وغير ذلك مما ليس بمحرم، ولتعليمها هي أو ولدها الواجب عليها تعليمه وكذا عبدها على الأصح في الروضة، فعلى هذا لا يتعذر تعليم غيرها بطلاقها، أما إذا أصدقها تعليمها بنفسه فطلق قبل التعليم بعد دخول أو قبله، تعذر تعليمه لأنها صارت محرمة عليه لا يجوز اختلاؤه بها.

---

(١) القاعدة أن النكاح لا يفسد بفساد المسمى.

وَيَسْقُطُ بِالطَّلاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ نِصْفُ الْمَهْرِ.

فإن قيل: الأجنبية يباح النظر إليها للتعيلم، وهذه صارت أجنبية، فهلا جاز تعليمها.

أجيب بأن كلاً من الزوجين تعلقت آماله بالآخر، وحصل بينهما نوع ود، فقويت التهمة، فامتنع التعليم لقرب الفتنة، بخلاف الأجنبية فإن قوة الوحشة بينهما اقتضت جواز التعليم، وقيل المراد بالتعليم الذي يجوز النظر له هو التعليم الواجب كقراءة الفاتحة، فما هنا محله في غير الواجب، ورجح هذا السبكي وقيل التعليم الذي يجوز النظر خاص بالأمرد، بخلاف الأجنبي ورجح هذا الجلال المحلي، والمعتمد الأول.

تنبيه ـ أفهم تعليلهم السابق أنها لو لم تحرم الخلوة بها كأن كانت صغيرة لا تشتهى أو صارت محرماً له برضاع أو نكحها ثانياً لم يتعذر التعليم، وهو كذلك.

فروع ـ لو أصدق زوجته الكتابية تعليم قرآن صح إن توقع إسلامها وإلا فلا، ولو أصدقها تعليم التوراة أو الإنجيل وهما كافران ثم أسلما أو ترافعا إلينا بعد التعليم فلا شيء لها سواه، أو قبله وجب لها مهر المثل ولو أصدق الكتابية تعليم الشهادتين فإن كان في تعليمهما كلفة صح، وإلا فلا كما قاله الأذرعي.

[القَوْلُ فِيمَا يَجِبُ بِهِ نِصْفُ الْمَهْرِ]

(ويسقط بالطلاق) وبكل فرقة وجدت لا منها ولا بسببها (قبل الدخول) كإسلامه وردته ولعانه وإرضاع أمه لها أو أمها له (نصف المهر) أما في الطلاق فلآية: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٧] وأما الباقي فللقياس عليه، وأما الفرقة التي وجدت منها قبل الدخول كإسلامها بنفسها أو بالتبعية لأحد أبويها أو فسخها بعيبه أو ردتها أو إرضاعها زوجة له صغيرة، أو وجدت بسببها كفسخة بعيبها تسقط المهر المسمى ابتداء أو المفروض الصحيح أو مهر المثل في كل ما ذكر، لأنها إن كانت هي الفاسخة فهي المختارة للفرقة فكأنها قد أتلفت المعوض قبل التسليم فسقط العوض، وإن كان هو الفاسخ بعيبها فكأنها هي الفاسخة.

تنبيه ـ لو ارتدا معاً فهل هو كردتها فيسقط المهر أو كردته فيتنصف؟ وجهان،

. . . .

صحح الأول الروياني والنسائي والأذرعي وغيرهم، وصحح الثاني المتولي والفارقي وابن أبي عصرون وغيرهم وهو أوجه(١).

تتمة ـ يجب للمطلقة(٢) قبل وطء متعة(٣) إن لم يجب لها شطر مهر، بأن كانت مفوضة ولم يفرض لها شيء، وادعى الإمام فيه الإجماع لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦] الآية، وتجب أيضاً لموطوءة في الأظهر لعموم قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٤١] ولأن جميع المهر وجب في مقابلة استيفاء منفعة البضع فخلا الطلاق عن الجبر، بخلاف من وجب لها النصف فإن بضعها سلم لها، فكان النصف جابراً للإيحاش.

---

(١) معتمد قال الشيخ عميرة تتمة هل للقاضي صرف مال اليتيمة في جهازها مع أنه يتلف بالاستعمال. عن ابن الحداد رحمه الله تعالى كنت عند القاضي أبي عبيد بن حربويه فقال له محمد بن الربيع الجيزي أيها القاضي في حجري يتيمة وقد أذنت في تزويجها وطلب أهلها الجهاز فماذا تأمر؟ فقال جهز بقدر صداقها فقال ابن الحداد فقلت في نفسي أظنه يجاري في هذا قول مالك رحمه الله فقلت أيّد الله القاضي أعلى غير المحجور عليها أن تتجهز؟ قال لا قلت فالمحجور عليها أولى فالتفت إلى ابن الربيع فقال لا تجهز فإن أرادوا هكذا وإلا فليفعلوا ماأرادوا. فسررت برجوعه عن قول مالك قال الزركشي فهذا ابن الحداد وابن حربويه تبعا ذلك وهو ظاهر قال ثم رأيت لابن الحداد الجزم بالجواز لما فيه من رغبة الأزواج في الوصلة بها لكن مقتضى كلامه تخصيصه بالأب والجد والمعنى يقتضي التعميم قال ولعل مسألة ابن الحداد والقاضي في إجباره على ذلك ولهذا قال الباجي مذهب الشافعي عدم إجبار المرأة على الجهاز خلافاً لمالك.

(٢) لا فرق في الطلاق بين البائن والرجعي وإن راجعها فقبل انقضاء العدة وتتكرّر بتكرره لعموم قوله تعالى ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف﴾ خلافاً لبدنهم حيث قال لا تجب المتعة للمطلقة الرجعية أخذاً من جعلهم الرجعية كالزوجة في غالب الأحكام والمعوّل عليه الوجوب كما أفتى به الشهاب الرملي واعتمده.

(٣) المتعة بضم الميم وكسرها لغة من التمتع هذا بيان للمأخوذة منه لا بيان لمعناها اللغوي، ومعناها اللغوي ما يتمتع به الإنسان. وعرفاً مال يجب لمطلقة لم يجب لها نصف مهر إن كانت الفرقة لا بسببها ولا بسببهما ولا بملكه لها ولا بموت. والمتعة مشتقة من المتاع وهو ما يتمتع به وانظر هل معنى وجوبها لزومها لذمة الزوج موسعاً أو مضيقاً فيأثم بتأخيرها أو يتوقف دفعها على طلبها.

فَصْــلٌ

وَالْوَلِيمَةُ عَلَى الْعُرْسِ مُسْتَحَبَّةٌ

قال النووي في فتاويه: إن وجوب المتعة مما يغفل النساء عن العلم بها فينبغي تعريفهن وإشاعة حكمها ليعرفن ذلك.

وتجب بفرقة لا بسببها بأن كانت من الزوج كردته ولعانه كطلاقه في إيجاب المتعة، ويسن أن لا تنقص عن ثلاثين درهماً أو ما قيمته ذلك. فإن تنازعا في قدرها قدرها القاضي باجتهاده بحسب ما يليق بالحال، معتبراً حالهما من يسار الزوج وإعساره ونسبها وصفاتها لقوله تعالى: ﴿**وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ**﴾ [البقرة: ٢٣٦].

فَصْــلٌ فِي الــوَلِيمَةِ

ثم شرع في أحكام الوليمة واشتقاقها كما قال الأزهري من الولم وهو الاجتماع لأن الزوجين يجتمعان، وهي تقع على كل طعام يتخذ لسرور حادث من عرس وإملاك وغيرهما لكن استعمالها مطلقاً في العرس أشهر.

[القَوْلُ فِي حُكْمُ الْوَلِيمَةِ]

(والوليمة على العرس) وهو ـ بضم العين مع ضم الراء وإسكانها ـ الابتناء بالزوجة (مستحبة) مؤكدة لثبوتها عنه ﷺ قولاً وفعلاً ففي البخاري أنه ﷺ «أَوْلَمَ عَلَى بَعْضِ نِسَائِهِ بِمُدَّيْنِ مِنْ شَعِيرٍ» وأنه «أَوْلَمَ عَلَى صَفِيَّةَ بِتَمْرٍ وَسَمْنٍ وَأَقِطٍ»[1] وأنه قال لعبدالرحمن بن عوف وقد تزوج «أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ»[2] وأقلها للمتمكن شاة ولغيره ما قدر عليه، وقال النسائي: والمراد أقل الكمال شاة لقول التنبيه وبأي شيء أولم من الطعام جاز.

تنبيه ـ لم يتعرضوا لوقت الوليمة، واستنبط السبكي من كلام البغوي أن وقتها

---

(١) أخرجه البخاري ٧/ ٤٧٩ (٤٢١٣).

(٢) البخاري ٩/ ٢٠٤ (٥١٤٨) ومسلم ٢/ ١٠٤٢ (٧٩/ ١٤٢٧).

وَالإِجَابَةُ إِلَيْهَا وَاجِبَةٌ إِلاَّ مِنْ عُذْرٍ.

موسع من حين العقد فيدخل وقتها به، والأفضل فعلها بعد الدخول لأنه ﷺ «لَمْ يُولِمْ عَلَى نِسَائِهِ إِلاَّ بَعْدَ الدُّخُولِ» فتجب الإجابة إليها من حين العقد وإن خالف الأصل.

[القَوْلُ فِي الإِجَابَةِ عَلَى الوَلِيمَةِ]

(والإجابة إليها واجبة) عيناً لخبر الصحيحين: «إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ إِلَى الْوَلِيمَةِ فَلْيَأْتِهَا»[1] وخبر مسلم: «شَرُّ الطَّعَامِ طَعَامُ الْوَلِيمَةِ تُدْعَى لَهَا الأَغْنِيَاءُ وَيُتْرَكُ الفُقَرَاءُ وَمَنْ لَمْ يُجِبِ الدَّعْوَةَ فَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ»[2] قالوا والمراد وليمة العرس، لأنها المعهودة عندهم ويؤيده ما في الصحيحين مرفوعاً «إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ إِلَى وَلِيمَةِ عُرْسٍ فَلْيُجِبْ»[3] وأما غيرها من الولائم فالإجابة إليها مستحبة، لما في مسند أحمد عن الحسن قال: «دُعِيَ عُثْمَانُ بْنُ أَبِي الْعَاصِ إِلَى خِتَانٍ فَلَمْ يُجِبْ وَقَالَ لَمْ يَكُنْ يُدْعَى لَهُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ» وقوله (إلا من عذر) أشار به إلى أكثر شروط وجوب الإجابة، فإن شروطه كثيرة: منها أن لا يخص بالدعوة الأغنياء لغناهم لخبر: «شَرُّ الطَّعَام»، ومنها أن يكون الداعي مسلماً، ومنها أن يكون المدعو مسلماً أيضاً، ومنها أن يدعوه في اليوم الأول فتسن الإجابة في اليوم الثاني وتكره في الثالث، ومنها أن يكون الداعي مطلق التصرف نعم إن اتخذها الولي من ماله وهو أب أو جد فالظاهر - كما قال الأذرعي - الوجوب، ومنها أن لا يدعوه لخوف منه لو لم يحضر أو طمعاً في جاهه أو إعانته على باطل، ومنها أن يعين المدعو بنفسه أو بنائبه لا أن ينادي في الناس كأن فتح الباب وقال: ليحضر من أراد ومنها أن لا يعتذر المدعو إلى الداعي ويرضى بتخلفه، ومنها أن لا يسبق الداعي غيره، فإن جاءا معاً أجاب أقربهما رحماً ثم داراً، ومنها أن لا يدعو من أكثر ماله حرام، فمن كان كذلك كرهت إجابته، فإن علم أن عين الطعام حرام حرمت إجابته وإلا فلا. وتباح الإجابة، ولا تجب إذا كان في ماله شبهة ولهذا قال الزركشي لا تجب الإجابة في زماننا هذا انتهى، ولكن لا بد أن يغلب على

---

(١) البخاري ٩/ ٢٤٠ (١٥٧٣) ومسلم ٢/ ١٠٥٢ (٩٦/ ١٤٢٩).

(٢) أخرجه البخاري ٩/ ٢٤٤ (٥١٧٧) ومسلم ٢/ ١٠٥٤ (١٠٧/ ١٤٣٢).

(٣) أخرجه مسلم ٢/ ١٠٥٤ (١٠٥/ ١٤٣٠).

. . . .

الظن أن في مال الداعي شبهة، ومنها ألا يكون الداعي امرأة أجنبية وليس في موضع الدعوة محرم لها ولا للمدعو، وإن لم يخل بها ومنها أن لا يكون الداعي ظالماً أو فاسقاً أو شريراً أو متكلفاً طلباً للمباهاة والفخر، قاله في الإحياء، ومنها أن يكون المدعو حراً فلو دعا عبداً لزمته إن أذن له سيده، وكذا المكاتب إن لم يضر حضوره بكسبه، فإن ضر وأذن له سيده فوجهان والأوجه عدم الوجوب والمحجور عليه في إجابة الدعوة كالرشيد، ومنها أن يدعوه في وقت الوليمة، وقد تقدم وقتها ومنها أن لا يكون المدعو قاضياً، وفي معناه كل ذي ولاية عامة، ومنها أن لا يكون معذوراً بمرخص في ترك الجماعة، ومنها أن لا يكون هناك من يتأذى بحضورة أو لا تليق به مجالسته كالأراذل. ومنها أن لا يكون المدعو أمرد يخاف من حضوره ريبة أو تهمة أو قالة ومنها أن لا يكون هناك منكر لا يزول بحضوره كشرب الخمر والضرب بآلات الملاهي، فإن كان يزول بحضوره وجب حضوره للدعوة وإزالة المنكر، ومن المنكر فرش غير حلال كالمغصوب والمسروق وفرش جلود النمور وفرش الحرير للرجال ومنها أن لا يكون هناك صورة حيوان في غير أرض وبساط ومخدة، والمرأة إذا دعت النساء فكما ذكرنا في الرجال قاله في الروضة، وقياس ما مر عن الأذرعي في الأمر أن المرأة إذا خافت من حضورها ريبة أو تهمة أو قالة لا يجب عليها الإجابة وإن أذن الزوج، والأولى عدم حضورها خصوصاً في هذا الزمان الذي كثر فيه اختلاط الأجانب من الرجال والنساء في مثل ذلك من غير مبالاة بكشف ما هو عورة كما هو معلوم مشاهد ولابن الحاج المالكي اعتناء زائد بالكلام على مثل هذا وأشباهه باعتبار زمانه فكيف له بزمان خرق فيه السياج، وزاد بحر فساده وهاج، ولا تسقط إجابة بصوم، فإن شق على الداعي صوم نفل من المدعو فالفطر له أفضل.

ويأكل المضيف مما قدم له بلا لغط ولا يتصرف فيه إلا بأكل، ويهلك الضيف ما التقمه بوضعه في فمه كما جزم به ابن المقري، وللضيف أخذ ما يعلم رضا المضيف به ويحل نثر سكره وغيره في الأملاك، ولا يكره النثر في الأصح ويحل التقاطه، لكن تركه أولى، ويسن للضيف وإن لم يأكل أن يدعو للمضيف، وأن يقول الملك لضيفه وغيره كزوجته وولده إذا رفع يده من الطعام، كل ويكرره عليه ما لم يتحقق أنه اكتفى

فَصْــلٌ

وَالتَّسْوِيَةُ فِي القَسْمِ بَيْنَ الزَّوْجَاتِ وَاجِبَةٌ

منه ولا يزيد على ثلاث مرات، وذكرت في شرح المنهاج وغيره مسائل مهمة تتعلق بهذا الفصل لا بأس بمراجعتها.

فَصْــلٌ فِي الـقَسْمِ وَالنُّشُوزِ[1]

والقسم ـ بفتح القاف وسكون السين ـ مصدر قسمت الشيء وأما بالكسر فالنصيب والقسم ـ بفتح القاف والسين ـ اليمين، والنشوز هو الخروج عن الطاعة.

ويجب القسم لزوجتين أو زوجات[2] ولو كن إماء، فلا مدخل لإماء غير زوجات فيه، وإن كن مستولدات، قال تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً، أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣].

[القَوْلُ فِي حُكْمِ التَّسْوِيَةِ بَيْنَ النِّسَاءِ]

وقد شرح في القسم الأول ـ وهو القسم ـ بقوله (والتسوية في القسم) في المبيت (بين) الزوجتين و(الزوجات) الحرائر (واجبة) على الزوج ولو قام بهما أو بهن

---

(١) ذكر القسم عقب الوليمة نظراً إلى المتعارف من فعلها قبل الدخول فهو عقبها وإن كان الأفضل تأخيرها عنه. وعقبه بالنشوز لأنه يقع بعده غالباً وجمعهما لأنه يلزم من نفي أحدهما وجود الآخر وعكسه. والصحيح أنه لم ينسخ وجوب القسم في حقه ﷺ فهو كغيره فيه وفي عدد الطلاق وفي منعه تزوّجه في عدة غيره وتحريم جمعه بين نحو الأختين. ووجوب القسم مجمع عليه معلوم من الدين بالضرورة فيكفر جاحده فإن تركه مع اعتقاده وجوبه فسق.

(٢) ولو قال يجب القسم لزوجات لكان أخصر كما في المنهج والمراد بقوله زوجات أي حقيقة فلا دخل للرجعية وشمل قوله زوجات لو كنّ من الجن أو بعضهن من الإنس والبعض الآخر من الجن فتستحق الجنية القسم وإن جاءت على غير صورة بني آدم حيث عرف أنها زوجته لأنها لا ترى على صورتها الأصلية فتزوّجه بها مع العلم بأنها إنما تجيء على غير صورتها الأصلية رضا منه بمجيئها على أيّ صورة كانت.

فـرع: لا فرق في وجوب القسم بين المسلمة والذمية ذكره في البيان (قوله ولو كنّ إماء) بأن تزوّج رقيق أمتين فيجب عليه القسم بينهما أو تزوّج حر بالشروط أمة فسقمت ثم تزوّج أمة أخرى فيجب عليه القسم بينهما.

وَلاَ يَدْخُلُ عَلَى غَيْرِ الْمَقْسُوم لَهَا لِغَيْرِ حَاجَةٍ.

عذر كمرض وحيض ورتق وقرن وإحرام لأن المقصود الأنس، لا الوطء ولا تجب التسوية بينهما أو بينهن في التمتع بوطء وغيره لكنها تسن، وخرج بقولنا الحرائر ما لو كان تحته حرة وأمة، فللحرة ليلتان وللأمة ليلة، لحديث فيه مرسل، وإذا قام بالزوجة نشوز وإن لم يحصل به إثم كمجنونة بأن خرجت عن طاعة زوجها كأن خرجت من مسكنه بغير إذنه أو لم تفتح له الباب ليدخل أو لم تمكنه من نفسها لا تستحق قسماً كما لا تستحق نفقة، وللزوج إعراض عن زوجاته بأن لا يبيت عندهن لأن المبيت حقه فله تركة، ويسن أن لا يعطلهن، بأن يبيت عندهن ويحصنهن كواحدة ليس تحته غيرها فله الإعراض عنها ويسن أن لا يعطلها، وأدنى درجاتها أن لا يخليها كل أربع ليال عن ليلة اعتباراً بمن له أربع زوجات والأولى له أن يدور عليهن بمسكنهن وليس له أن يدعوهن لمسكن إحداهن إلا برضاهن، ولا أن يجمعهن بمسكن إلا برضاهن، ولا أن يدعو بعضاً لمسكنه ويمضي لبعض آخر لما فيه من التخصيص الموحش، إلا برضاهن أو بقرعة أو غرض كقرب مسكن من يمضي إليها دون الأخرى.

عِمَادُ الْقَسْمِ لَيْلاً أَوْ نَهاراً

والأصل في القسم لمن عمله نهاراً الليل، لأنه وقت السكون والنهار قبله أو بعده تبع لأنه وقت المعاش، قال تعالى: ﴿**هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ اللَّيْلَ لِتَسْكُنُوا فِيهِ والنَّهَارَ مُبْصِراً**﴾ [يونس: ٦٧] والأصل في القسم لمن عمله ليلاً كحارس النهار لأنه وقت سكونه، والليل تبع لأنه وقت معاشه، فلو كان يعمل تارة بالنهار وتارة بالليل لم يجز أن يقسم لواحدة ليلة تابعة ونهاراً متبوعاً ولأخرى عكسه.

(و) من عماد قسمه الليل (لا يدخل) نهاراً (على غير المقسوم لها لغير حاجة) لتحريمه حينئذ، لما فيه من إبطال حق صاحبة النوبة، فإن فعل وطال مكثه لزمه لصاحبة الثوبة القضاء بقدر ذلك من نوبة المدخول عليها أما دخوله لحاجة كوضع متاع أو أخذه أو تسليم نفقة أو تعريف خبر فجائز لحديث عائشة رضي الله تعالى عنها «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَطُوفُ عَلَيْنَا جَمِيعاً فَيَدْنُو مِنْ كُلِّ امْرَأَةٍ مِنْ غَيْرِ مَسِيسٍ أي وطء ـ حَتَّى يَبْلُغَ إِلَى الَّتِي هُوَ يَوْمُهَا فَيَبِيتُ عِنْدَهَا، وَلاَ يَقْضِي إِذَا دَخَلَ لِحَاجَةٍ وَإِنْ

. . . .

طَالَ الزَّمَنُ» لأن النهار تابع مع وجود الحاجة وله ما سوى وطء من استمتاع للحديث السابق، وخرج بقيد النهار الليل، فيحرم عليه ولو لحاجة على الصحيح لما فيه من إبطال حق ذات النوبة إلا لضرورة كمرضها المخوف وشدة الطلق وخوف النهب والحريق، ثم إن طال مكثه[1] عرفاً قضى من نوبة المدخول عليها مثل مكثه، لأن حق الآدمي لا يسقط بالعذر فإن لم يطل مكثه لم يقض ليلته ويأثم من تعدى بالدخول وإن لم يطل مكثه ولو جامع من دخل عليها في نوبة غيرها عصى وإن قصر الزمن وكان لضرورة قال الإمام، واللائق بالتحقيق القطع بأن الجماع لا يوصف بالتحريم ويصرف التحريم إلى إيقاع المعصية لا إلى ما وقعت به المعصية، وحاصله أن تحريم الجماع لا لعينه بل لأمر خارج، ويقضي المدة دون الجماع إلا إن قصرت ومحل وجوب القضاء ما إذا بقيت المظلومة في نكاحه فلو ماتت المظلومة بسببها فلا قضاء لخلوص الحق للباقيات، ولو فارق المظلومة تعذر القضاء، أما من عماد قسمه النهار فليله كنهار غيره ونهاره كليل غيره في جميع ما تقدم هذا كله في المقيم، أما المسافر فعماد قسمه وقت نزوله ليلاً كان أو نهاراً قليلاً أو كثيراً قاله في الروضة.

تنبيه ـ أقل نوب القسم لمقيم عمله نهاراً ليلة، ولا يجوز تبعيضها، لما فيه من تشويش العيش وعسر ضبط أجزاء الليل، ولا بليلة وبعض أخرى وأما طوافه ﷺ على نسائه في ليلة واحدة فمحمول على رضاهن، أما المسافر فقد مر حكمه، وأما من عماد قسمه النهار كالحارس فظاهر كلامهم أنه لا يجوز له تبعيضه كتبعيض الليل ممن يقسم ليلاً، وهو الظاهر: ويحتمل أنه يجوز لسهولة الضبط، والاقتصار على الليلة أفضل من الزيادة عليها اقتداء به ﷺ وليقرب عهده بهن، ويجوز ليلتين وثلاثاً بغير رضاهن ولا تجوز الزيادة عليها بغير رضاهن، وإن تفرقن في البلاد، لئلا يؤدي إلى المهاجرة والإيحاش للباقيات بطول المقام عند الضرة وقد يموت في المدة الطويلة فيفوت حقهن، وتجب القرعة للابتداء بواحدة عند عدم رضاهن تحرزاً عن الترجيح مع

---

(١) الحاصل أنه إذا دخل في الأصل لضرورة وطال زمن الضرورة أو أطاله فإنه يقضي الجميع وإن دخل في التابع لحاجة وطال زمن الحاجة فلا قضاء وإن أطاله قضى الزائد.

وَإِذَا أَرَادَ السَّفَرَ أَقْرَعَ بَيْنَهُنَّ وَخَرَجَ بِالَّتِي تَخْرُجُ لَهَا الْقُرْعَةُ

استوائهن في الحق، فيبدأ بمن خرجت قرعتها، فإذا مضت نوبتها أقرع بين الباقيات ثم بين الأخيرتين فإذا تمت النوبة راعى الترتيب، ولا حاجة إلى إعادة القرعة، بخلاف ما لو بدأ بلا قرعة، فإنه يقرع بين الباقيات، فإذا تمت النوبة أقرع للابتداء.

[القَوْلُ فِي حُكْمِ الْمُسَافِرِ فِي الْقَسْمِ]

(وإذا أراد) الزوج (السفر) لنقلة ولو سفراً قصيراً حرم عليه أن يستصحب بعضهن دون بعض ولو بقرعة، فإن سافر ببعضهن لنقلةٍ، ولو بقرعة قضى للمتخلفات ولو نقل بعضهن بنفسه وبعضهن بوكيله قضى لمن مع الوكيل، ولا يجوز أن يتركهن، بل ينقلهن أو يطلقهن لما في ذلك من قطع أطماعهن من الوقاع، فأشبه الإيلاء، بخلاف ما لو امتنع من الدخول إليهن وهو حاضر، لأنه لا ينقطع رجاؤهن، وفي باقي الأسفار الطويلة أو القصيرة المباحة إذا أراد استصحاب بعضهن (أقرع بينهن) وجوباً كما اقتضاه إيراد الروضة وأصلها، عند تنازعهن (وخرج بالتي تخرج لها) سهم (القرعة) لما روى الشيخان أنه ﷺ (كَانَ إِذَا أَرَادَ سَفَراً أَقْرَعَ بَيْنَ نِسَائِهِ فَأَيَّتُهُنَّ خَرَجَ سَهْمُهَا خَرَجَ بِهَا مَعَهُ)[(١)] وسواء أكان ذلك في يومها أو في يوم غيرها، وإذا خرجت القرعة لصاحبة النوبة لا تدخل نوبتها في مدة السفر، بل إذا رجع وفَّى لها نوبتها، وإذا خرجت القرعة لواحدة فليس له الخروج بغيرها، وله تركها، ولو سافر بواحدة أو أكثر من غير قرعة عصى وقضى فإن رضين بواحدة جاز بلا قرعة، وسقط القضاء ولهن الرجوع قبل سفرها قال الماوردي: وكذا بعده، ما لم يجاوز مسافة القصر: أي يصل إليها وإذا سافر بالقرعة لايقضي للزوجات المتخلفات مدة سفره، لأنه لم يتعد والمعنى فيه أن المستصحبة وإن فازت بصحبته فقد لحقها من تعب السفر ومشقته ما يقابل ذلك، والمتخلفة وإن فاتها حظها من الزوج فقد ترفهت بالراحة والإقامة فتقابل الأمران، فاستويا وخرج بالأسفار المباحة غيرها، فليس له أن يستصحب فيها بعضهن لا بقرعة ولا بغيرها، فإن فعل عصى ولزمه القضاء للمتخلفات وخرج بالزوجات الإماء، فله أن يستصحب بعضهن بغير قرعة، فإن وصل المقصد وصار مقيماً قضى مدة الإقامة لخروجه عن حكم السفر

(١) أخرجه البخاري ٥/ ٢٩٣ (٢٦٨٨) ومسلم ٤/ ٢١٢٩ (٥٦/ ٢٧٧٠).

وَإِذَا تَزَوَّجَ جَدِيدَةً خَصَّهَا بِسَبْعِ لَيَالٍ إِنْ كَانَتْ بِكْراً، وَبِثَلَاثٍ إِنْ كَانَتْ ثَيِّباً

هذا إن ساكن المصحوبة، أما إذا اعتزلها مدة الإقامة فلا يقضي كما جزم به، في الحاوي، ولا يقضي مدة الرجوع كما لا يقضي مدة الذهاب.

تنبيه ـ من وهبت من الزوجات حقها من القسم لغيرها لم يلزم الزوج الرضا بذلك، لأنها لا تملك إسقاط حقه من الاستمتاع فإن رضي بالهبة ووهبت لمعينة منهن بات عندها ليلتيهما كما فعل النبيّ ﷺ لما وهبت سودة نوبتها لعائشة رضي الله عنهما. وإن وهبته للزوج فقط كان له التخصيص بواحدة فأكثر لأنها جعلت الحق له فيضعه حيث شاء، ولو وهبت له ولبعض الزوجات أو له وللجميع قسم ذلك على الرؤوس كما بحثه بعض المتأخرين، ولا يجوز للواهبة أن تأخذ على المسامحة بحقها عوضاً لا من الزوج ولا من الضرائر. لأنه ليس بعين ولا منفعة لأن مقام الزوج عندها ليس بمنفعة ملكتها عليه، وقد استنبط السبكي من هذه المسألة ومن خلع الأجنبي جواز النزول عن الوظائف والذي استقر عليه رأيه أن أخذ العوض فيه جائز، وأخذه حلال لإسقاط الحق لا لتعلق حق المنزول له، بل يبقى الأمر في ذلك إلى ناظر الوظيفة يفعل ما فيه المصلحة شرعاً، وبسط ذلك وهذه مسألة كثيرة الوقوع فاستفدها وللواهبة الرجوع متى شاءت، فإذا رجعت خرج فوراً، ولا ترجع في الماضي قبل العلم بالرجوع، وإن بات الزوج في نوبة واحدة عند غيرها ثم ادعى أنها وهبته حقها وأنكرت لم يقبل قوله إلا ببينة.

[القَوْلُ فِي تَخْصِيصِ الزَّوْجَةِ الْجَدِيدَةِ]

(وإذا تزوج) حر أو عبد، في دوام نكاحه (جديدة) ولو معادة بعد البينونة (خصها) أي كل منهما وجوباً (بسبع ليال) متوالية بلا قضاء للباقيات (إن كانت بكراً)[1] على خلقتها أو زالت بغير وطء (وبثلاث) ليال متوالية بلا قضاء للباقيات (إن كانت ثيباً)، لخبر ابن حبان في صحيحه «سَبْعٌ لِلْبِكرِ وَثَلَاثٌ لِلثَّيِّبِ» والمعنى في ذلك

(١) المراد جديدة وبكراً عند الزفاف وعند العقد فخرج ما إذا كانت بكراً عند العقد ثيباً عند الدخول فلها ثلاث فقط وأما إذا كانت بكراً جديدة عند الدخول وكانت رجعية بأن استدخلت ماءه فطلقها =

. . . .

زوال الوحشة بينهما، ولهذا سوى بين الحرة والأمة لأن ما يتعلق بالطبع لا يختلف بالرق والحرية، كمدة العنة والإيلاء، وزيد للبكر لأن حياءها أكثر، والحكمة في الثلاث والسبع أن الثلاث مغتفرة في الشرع والسبع عدد أيام الدنيا وما زاد عليها تكرار فإن فرق ذلك لم يحسب لأن الوحشة لا تزول بالمفرق، واستأنف وقضى المفرق للأخريات.

تنبيه ـ دخل في الثيب المذكورة من كانت ثيوبتها بوطء حلال أو حرام أو وطء شبهة، وخرج بها من حصلت ثيوبتها بمرض أو وثبة أو نحو ذلك[١]، ويسن تخيير الثيب بين ثلاث بلا قضاء وبين سبع بقضاء، كما فعل ﷺ بأم سلمة رضي الله تعالى عنها حيث قال لها: «إِنْ شِئْتِ سَبَّعْتُ عِنْدَكِ وَسَبَّعْتُ عِنْدَهُنَّ، وَإِنْ شِئْتِ ثَلَّثْتُ عِنْدَكِ وَدُرْتُ»[٢] أي بالقسم الأول بلا قضاء وإلا لقال وثلثت عندهن كما قال وسبعت عندهن، ولا يتخلف بسبب ذلك عن الخروج للجماعات وسائر أعمال البر كعيادة المرضى وتشييع الجنائز مدة الزفاف، إلا ليلاً فيتخلف وجوباً تقديماً للواجب وهذا ما جرى عليه الشيخان، وإن خالف فيه[٣] بعض المتأخرين، وأما ليالي القسم فتجب التسوية بينهن فيها في الخروج وعدمه، فإما أن يخرج في ليلة الجميع أو لا يخرج أصلاً فإن خص ليلة بعضهن بالخروج أثم.

= رجعياً ثم دخل بها بعد الرجعة فلا حقّ لها لأنه لا حقّ لرجعية. فالمراد بالجديدة من أنشأ عليها عقداً حتى لو لم يوف للجديدة حقها ثم طلقها ثم راجعها لم يفت حق الزفاف لأنها باقية على النكاح.

(١) كوطء في دبرها عميرة وكزوالها بحدّة حيض أو أصبع والوطء في الدبر حرام كما أخرجه الترمذي وصححه ابن حبان «لا ينظر الله إلى رجل أتى رجلاً أو امرأة في الدبر».

(٢) أخرجه مسلم ٢/ ١٠٨٣ (٤٢/ ١٤٦٠).

(٣) أي في أنه لا يتخلف لما ذكر إلا ليلاً فقال أي بعض المتأخرين يتخلف عما ذكر من الخروج للجماعات وما بعدها ليلاً ونهاراً.

وَإِذَا خَافَ نُشُوزَ الْمَرْأَةِ وَعَظَهَا فَإِنْ أَبَتْ إِلَّا النُّشُوزَ هَجَرَهَا

[القَوْلُ فِي حُكْمِ نُشُوزِ الْمَرْأَةِ]

ثم شرع في القسم الثاني ـ وهو النشوز ـ بقوله (وإذا خاف) الزوج (نشوز المرأة) بأن ظهرت أمارات نشوزها: فعلاً كأن يجد منها إعراضاً أو عبوساً بعد لطف، وطلاقة وجه، أو قولاً كأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان بلين (وعظها) استحباباً لقوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤] كأن يقول لها: اتق الله في الحق الواجب لي عليك، واحذري العقوبة بلا هجر ولا ضرب، ويبين لها أن النشوز يسقط النفقة والقسم، فلعلها تبدي عذراً، أو تتوب عما وقع منها بغير عذر، وحسن أن يذكر لها ما في الصحيحين من قوله ﷺ: «إِذَا بَاتَتِ الْمَرْأَةُ هَاجِرَةً لِفِراشِ زَوْجِهَا لَعَنَتْها الْمَلَائِكَةُ حَتَّى تُصْبِحَ»[1] وفي الترمذي عن أم سلمة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «أَيُّمَا ٱمْرَأَة بَاتَتْ وَزَوْجُهَا رَاضٍ عَنْهَا دَخَلَتِ الجَنَّةَ»[2] (فإن أبت) مع وعظه (إلا النشوز هجرها) في المضجع: أي يجوز له ذلك، لظاهر الآية، ولأن في الهجر أثراً ظاهراً في تأديب النساء. والمراد: أن يهجر فراشها فلا يضاجعها فيه، وخرج بالهجران في المضجع الهجران في الكلام، فلا يجوز الهجر به لا لزوجة ولا لغيرها فوق ثلاثة أيام ويجوز فيها، للحديث الصحيح: «لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يَهْجُرَ أَخَاهُ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّام»[3] وفي سنن أبي داود: «فَمَنْ هَجَرَ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّام فَمَاتَ دَخَلَ النَّارَ»[4] وحمل الأذرعي وغيره التحريم على ما إذا قصد بهجرها ردها لحظ نفسه، فإن قصد به ردها عن المعصية وإصلاح دينها فلا تحريم، وهذا مأخوذ من قولهم: يجوز هجر المبتدع والفاسق ونحوهما ومن رجا بهجره صلاح دين الهاجر أو المهجور، وعليه يحمل هجره ﷺ كعب بن مالك وصاحبيه[5] رضي الله عنهم ونهيه ﷺ الصحابة عن

(١) أخرجه البخاري ٦/ ٣١٤ (٣٢٣٧) ومسلم ٢/ ١٠٦٠ (١٢٢/ ١٤٣٦).

(٢) أخرجه الترمذي ٣/ ٤٦٦ (١١٦١) وابن ماجة ١/ ٥٩٥ (١٨٥٤).

(٣) أخرجه البخاري ١٠/ ٤٩٢ (٦٠٧٧) ومسلم ٤/ ١٩٨٤ (٢٥/ ٢٥٦٠).

(٤) أخرجه أحمد ٢/ ٣٩٢ وأبو داود ٥/ ٢١٥ (٤٩١٤).

(٥) هما مرارة بن الربيع وهلال بن أمية وهم الذين تخلفوا عن غزوة تبوك المذكورون في قوله تعالى ﴿وعلى الثلاثة الذين خلفوا﴾ الآية وتؤخذ أسماء الثلاثة من لفظ مكة الميم لمرارة والكاف =

فَإِنْ أَقَامَتْ عَلَيْهِ هَجَرَهَا وَضَرَبَهَا وَيَسْقُطُ بِالنُّشُوزِ قَسْمُهَا

كلامهم وكذا هجر السلف بعضهم بعضاً (فإن أقامت عليه) أي أصرت على النشوز بعد الهجر المرتب على الوعظ (ضربها) ضرباً غير مبرح لظاهر الآية فتقديرها واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن، فإن نشزن فاهجروهن في المضاجع، واضربوهن والخوف هنا بمعنى العلم، كقوله تعالى: ﴿فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفاً أَوْ إِثْماً﴾ [البقرة: ١٨٢].

تنبيه ـ ظاهر كلام المصنف أنه لا يضرب إلا إذا تكرر منها النشوز وهو ما رجحه جمهور العراقيين وغيرهم، ورجحه الرافعي، والذي صححه النووي جواز الضرب، وإن لم يتكرر النشوز، لظاهر الآية، وإنما يجوز الضرب إذا أفاد ضربها في ظنه، وإلا فلا يضربها كما صرح به الإمام وغيره، وخرج بقوله غير مبرح، المبرح فإنه لا يجوز مطلقاً، ولا يجوز على الوجه والمهالك والأولى له العفو عن الضرب وخبر النهي عن ضرب النساء محمول على ذلك، أو على الضرب بغير سبب يقتضيه، وهذا بخلاف ولي الصبي، فالأولى له عدم العفو، لأن ضربه للتأديب مصلحة وضرب الزوج زوجته مصلحة لنفسه.

(ويسقط بالنشوز قسمها) الواجب لها، والنشوز يحصل بخروجها من منزل زوجها بغير إذنه، لا إلى القاضي لطلب الحق منه ولا إلى اكتسابها النفقة إذا أعسر بها

= لكعب والهاء لهلال وآخر أسماء آبائهم عكة ومرارة بضم الميم. وسبب هجرهم أنهم تخلفوا عن غزوة تبوك فهجرهم النبيّ ﷺ وكذا جميع الصحابة وأمرهم أن يتجنبوا نساءهم وشقّ عليهم ما حصل لهم مشقة شديدة وصاروا يبيتون على الأسطحة ويصعقون إلى أن نزلت الآية بتوبتهم بعد خمسين يوماً فجاء النبيّ ﷺ إلى كعب بن مالك وقال له أبشر فإن هذا اليوم أفضل يوم طلعت عليك الشمس فيه. واستشكل ذلك بأنه يقتضي أن هذا اليوم أفضل من يوم إسلامه. وأجيب بتسليم ذلك ولا مانع منه لأنه يوم إسلامه كان لو أتى بالإسلام قبل منه حالاً بلا خلاف بخلاف يوم التوبة فإن توبته كانت في حكم العدم.

فـرع: لو قال والله إن دخلت الدار فوالله لا أكلمك أو زيداً ثم دخلت ينبغي جواز ترك الكلام مطلقاً ويكون هذا الحلف عذراً مسوّغاً لتركه دائماً ولا يكون من الهجر المحرم لأن اليمين غير محرمة لعدم استلزامها الهجر المحرم لجواز أن لا يدخل الدار فلا يحصل هجر وفاقاً في ذلك للرملي.

وَنفَقَتُهَا . .

الزوج، ولا إلى استفتاء إذا لم يكن زوجها فقيهاً ولم يستفت لها، ويحصل أيضاً بمنعها الزوج من الاستمتاع ولو غير الجماع حيث لا عذر، لأن منعها له منه تدللاً ولا الشتم له، ولا الإيذاء له باللسان أو غيره، بل تأثم به، وتستحق التأديب (و) تسقط به أيضاً حيث لا عذر (نفقتها) وتوابعها كالسكنى وآلات التنظيف ونحوها فإن كان بها عذر كأن كانت مريضة أو مضناة لا تحتمل الجماع أو بفرجها قروح أو كانت مريضة أو مستحاضة أو كان الزوج عبلاً أي كبير الآلة يضرها وطؤه فلا تسقط نفقتها لعذرها.

تنبيه ـ قضية إطلاق المصنف كغيره تناوله نشوز بعض اليوم، وهو الأصح ومرادهم بالسقوط هنا منع الوجوب، لا سقوط ما وجب، حتى لو نشزت قبل الفجر وطلع الفجر وهي ناشزة فلا وجوب، ويقال سقطت لأن السقوط فرع الوجوب وسكت المصنف عن سقوط الكسوة بالنشوز اكتفاء بجعلهم الكسوة تابعة للنفقة تجب بوجوبها وتسقط بسقوطها، وسيأتي تحرير ذلك في فصل نفقة الزوجة إن شاء الله تعالى.

حُكْمُ مَنْعِ زَوْجَتِهِ حَقَّهَا

تتمة ـ لو منع الزوج زوجته حقاً لها كقسم ونفقة ألزمه القاضي توفيته وإذا طلبته لعجزها عنه، فإن أساء خلقه وآذاها بضرب أو غيره بلا سبب نهاه عن ذلك ولا يعزره، فإن عاد إليه وطلبت تعزيره من القاضي عزره بما يليق به لتعديه عليها وإنما لم يعزره في المرة الأولى وإن كان القياس جوازه إذا طلبته لأن إساءة الخلق تكثر بين الزوجين والتعزير عليها يورث وحشة بينهما فيقتصر أولاً على النهي لعل الحال يلتئم بينهما فإن عاد عزره، وإن قال كلٌ من الزوجين إن صاحبه متعدٍ عليه تعرف القاضي الحال الواقع بينهما بثقة بخبرهما، ويكون الثقة جاراً لهما، فإن عدم أسكنهما بجنب ثقة يتعرف حالهما ثم ينهي إليه ما يعرفه فإذا تبين للقاضي حالهما منع الظالم منهما من عوده لظلمه، فإن اشتد الشقاق بينهما بعث القاضي حكماً من أهله وحكماً من أهلها لينظر في أمرهما، والبعث واجب من أهلهما سنة، وهما وكيلان لهما لا حكمان من جهة الحاكم فيوكل هو حكمه بطلاق أو خلع، وتوكل هي حكمها ببذل عوض وقبول طلاق به، ويفرقا بينهما إن رأياه صواباً ويشترط فيهما إسلام وحرية وعدالة واهتداء إلى

فَصْـــلٌ

وَالْخُلْعُ جَائِزٌ عَلَى عِوَضٍ مَعْلُومٍ

المقصود من بعثهما له وإنما اشترط فيهما ذلك ـ مع أنهما وكيلان ـ لتعلق وكالتهما بنظر الحاكم كما في أمينه ويسن كونهما ذكرين فإن اختلف رأيهما بعث القاضي اثنين غيرهما حتى يجتمعان على شيء فإن لم يرض الزوجان ببعث الحكمين ولم يتفقا على شيء أدب القاضي الظالم منهما واستوفى للمظلوم حقه.

فَصْـلٌ(١) فِي الـخُلْعِ

وهو لغة مشتق من خلع الثوب، لأن كلاًّ من الزوجين لباس الآخر قال تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾ [البقرة: ١٨٧] فكأنه بمفارقة الآخر نزع لباسه.

وشرعاً: فرقة بين الزوجين ولو بلفظ مفاداة بعوض مقصود راجع لجهة الزوج.

فقول المصنف (والخلع جائز على عوض معلوم) يقيد بما ذكر، فخرج بمقصود الخلع بدم ونحوه، فإنه رجعي ولا مال. ودخل براجع لجهة الزوج وقوع العوض للزوج ولسيده، وما لو خالعت بما ثبت لها من قود أو غيره وخرج به ما لو علق الطلاق بالبراءة لها على غيره فيقع رجعياً وخرج بمعلوم العوض المجهول كثوب غير معين فيقع بائناً بمهر المثل.

والأصل في ذلك قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً﴾ [النساء: ٤] والأمر به في خبر البخاري في امرأة ثابت بن قيس بقوله: «اَقْبَلِ الحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً»(٢) وهو أول خلع وقع في الإسلام.

والمعنى فيه: أنه لما جاز أن يملك الزوج الانتفاع بالبضع بعوض جاز [أن يزيل ذلك الملك بعوض كالشراء والبيع، فالنكاح كالشراء والخلع كالبيع](٣) وأيضاً فيه دفع

---

(١) ذكره عقب النشوز والشقاق لترتبه عليهما وإلا فكان حقه أن يذكر بعد الطلاق لأنه نوع خاص منه والعام يقدم في الذكر على الخاص.

(٢) أخرجه البخاري ٩/ ٣٩٥ (٥٢٧٣).

(٣) سقط في طـ.

وَتَمْلِكُ الْمَرْأَةُ بِهِ نَفْسَهَا وَلاَ رَجْعَةَ لَهُ عَلَيْهَا إِلاَّ بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ.

الضرر عن المرأة غالباً، ولكنه مكروه، لما فيه من قطع النكاح، الذي هو مطلوب الشرع لقوله ﷺ: «أَبْغَضُ الحَلاَلِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى الطَّلاَقُ»[1] قال في التنبيه: إلا في حالتين: الأولى: أن يخافا أو أحدهما أن لا يقيما حدود الله، الثانية: أن يحلف بالطلاق الثلاث على فعل شيء لا بد له منه فيخلعها، ثم يفعل الأمر المحلوف عليه، وذكرت في شرحه صوراً أخرى لا كراهة فيها، فمن أراد ذلك فليراجعه.

وأركان الخلع خمسة: ملتزم للعوض وبضع، وعوض، وصيغة وزوج وشرط فيه: صحة طلاقه فيصح من عبد ومحجور عليه بسفه ويدفع العوض لمالك أمرهما من سيد وولي.

وشرط في الملتزم قابلاً كان أو متلمساً: إطلاق تصرف مالي، فلو اختلعت أمة ولو مكاتبة بلا إذن سيدها بعين من ماله أو غيره باتت بمهر المثل في ذمتها، أو بدين فبالدين تبين، ثم ما ثبت في ذمتها إنما تطالب به بعد العتق واليسار، وإن اختلعت بإذنه فإن أطلق الإذن وجب مهر المثل في كسبها ومما في يدها من مال تجارة، وإن قدر لها ديناً في ذمتها تعلق المقدر بذلك أيضاً، وإن عين لها عيناً من ماله تعينت، ولو اختلعت، محجورة بسفه طلقت رجعياً ولغا ذكر المال، أو مريضة مرض موت صح وحسب من الثلث زائد على مهر المثل.

[القَوْلُ فِي أَثَرِ الخُلْعِ]

(وتملك المرأة) المختلعة (به نفسها) أي بضعها الذي استخلصته بالعوض (ولا رجعة له عليها) في العدة لانقطاع سلطنته بالبينونة المانعة من تسلطه على بعضها (إلا بنكاح) أي بعقد (جديد) عليها بأركانه وشروطه المتقدم بيانها في موضعه.

ويصح عوض الخلع[2] قليلاً أو كثيراً ديناً وعيناً ومنفعة لعموم قوله تعالى: ﴿فَلاَ

---

(١) أخرجه أبو داود ٢/ ٦٣١ (٢١٧٨) وابن ماجة ١/ ٦٥٠ (٢٠١٨) والحاكم ٢/ ١٩٦ قال صحيح على شرط مسلم.

(٢) المناسب أن يذكر هذا عند قوله والخلع جائز على عوض بأن يقول قليلاً أو كثيراً.

وَيَجُوزُ الْخُلْعُ فِي الطُّهْرِ وَفِي الْحَيْضِ، وَلاَ يَلْحَقُ الْمُخْتَلِعَةَ الطَّلاَقُ.

جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ولو قال: إن أبرأتني من صداقك أو من دينك فأنت طالق، فأبرأته وهي جاهلة بقدره لم تطلق لأن الإبراء لم يصح فلم يوجد ما علق عليه الطلاق، ولو خالعها على ما في كفها ولم يكن فيه شيء وقع بائناً بمهر المثل على الأرجح في الزوائد.

وشرط في الصيغة ما مر فيها في البيع على ما يأتي، ولكن لا يضر هنا تخلل كلام يسير.

ولفظ الخلع صريح في الطلاق فلا يحتاج معه لنية، لأنه تكرر على لسان حملة الشرع، وهذا ما جرى عليه في المنهاج تبعاً للبغوي وغيره، وقيل: كناية في الطلاق وهذا ما نص عليه في مواضع في الأم والأصح كما في الروضة أن الخلع والمفاداة إذا ذكر معهما المال فهما صريحان في الطلاق لأن ذكره يشعر بالبينونة، وإلا فكنايتان.

[القَوْلُ فِي جَوَازِ الخُلْعِ فِي الطُّهْرِ]

(ويجوز الخلع في الطهر) الذي جامعها فيه لأنه لا يلحقه ندم بظهور الحمل لرضاه بأخذ العوض، ومنه يعلم جوازه في طهر لم يجامعها فيه من باب أولى (و) يجوز أيضاً (في الحيض) لأنها ببذلها الفداء لخلاصها رضيت لنفسها بتطويل العدة.

(ولا يلحق المختلعة) في عدتها (الطلاق) بلفظ صريح أو كناية، ولا إيلاء ولا ظهار لصيرورتها أجنبية بافتداء بضعها، وخرج بقيد المختلعة الرجعية فيلحقها الطلاق إلى انقضاء العدة لبقاء سلطنته عليها إذ هي كالزوجة في لحوق الطلاق والإيلاء والظهار واللعان والميراث.

[القَوْلُ فِي اخْتِلاَفِ الزَّوْجَيْنِ فِي الخُلْعِ]

تتمة ـ لو ادعت خلعاً فأنكر الزوج صدق بيمينه، لأن الأصل عدمه فإن أقامت بينة رجلين عمل بها ولا مال لأنه ينكره، إلا أن يعود ويعترف بالخلع فيستحقه قاله الماوردي، أو ادعى الخلع فأنكرت بأن قالت: لم تطلقني أو طلقني مجاناً بانت بقوله

فَصْـــلٌ

ولا عوض عليها، إذ الأصل عدمه فتحلف على نفيه، ولها نفقة العدة، فإن أقام بينة به أو شاهداً وحلف معه ثبت المال كما قاله في البيان، وكذا لو اعترفت بعد يمينها بما ادعاه قاله الماوردي، ولو اختلفا في عدد الطلاق كقولها: سألتكَ ثلاثَ طلقاتٍ بألفٍ فأجبتني فقال: واحدة بألفٍ فأجبتكِ، أو في صفة عوضه كدراهم ودنانير أو صحاح ومكسرة، سواء في التلفظ بذلك أو في إرادته كأن خالع بألف وقال: أردنا دنانير فقالت: دراهم، أو قدره كقوله: خَالَعْتُكِ بمائتين فقالت: بمائة ولا بينة لواحد منهما. أو لكل منهما بينة وتعارضتا، تحالفا كالمتبايعين في كيفية الحلف ومن يبدأ به، ويجب ببينونتها بفسخ العوض منهما أو من أحدهما أو الحاكم مهر المثل، وإن كان أكثر مما ادعاه لأنه المراد فإن كان لأحدهما بينة عمل بها، ولو خالع بألف مثلاً ونويا نوعاً من نوعين بالبلد لزم إلحاقاً للمنوي بالملفوظ، فإن لم ينويا شيئاً حمل على الغالب إن كان، وإلا لزم مهر المثل.

فَصْـلٌ فِي الطَّلاَقِ[1]

وهو لغة: حل القيد وشرعاً حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه، وعرفه النووي في تهذيبه بأنه تصرف مملوك للزوج يحدثه بلا سبب فيقطع النكاح.

والأصل فيه قبل الإجماع الكتاب كقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] والسنة كقوله ﷺ: «لَيْسَ شَيْءٌ مِنَ الحَلاَلِ أَبْغَضَ إِلَى اللَّهِ تَعالَى مِنَ الطَّلاَقِ».

[القَوْلُ فِي أَرْكَانِ الطَّلاَقِ]

وأركانه خمسة: صيغة، ومحل، وولاية، وقصد، ومُطَلّق. وشرط في المُطَلِّق ولو بالتعليق: تكليف فلا يصح من غير مكلف لخبر: «رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلاَثٍ» إلا السكران فيصح منه مع أنه غير مكلف كما نقله في الروضة عن أصحابنا وغيرهم في

---

(١) وذكره عقب الخلع لأن كلاً منهما فرقة وهو لفظ جاهلي جاء الشرع بتقريره فليس من خصائص هذه الأمة يعني أن الجاهلية كانوا يستعملونه في حل العصمة أيضاً لكن لا يحصرونه في الثلاث.

وَالطَّلَاقُ ضَرْبَانِ: صَرِيحٌ، وَكِنَايَةٌ،

كتب الأصول تغليظاً عليه، واختيار فلا يصح من مُكْرَهٍ وإن لم يُورِ، لإطلاق خبر: «لَا طَلَاقَ فِي إِغْلَاقٍ» أي إكراه.

شُرُوطُ الإِكْرَاهِ

وشرط الإكراه[١]: قدرة مكرِه[٢] بكسر الراء على تحقيق ما هدد به بولاية أو تغليب عاجلاً ظلماً وعجز مكرَه ـ بفتح الراء عن دفعه بهرب وغيره وظنه أنه إن امتنع حقق ما هدده به، ويحصل الإكراه بتخويف بمحذور كضرب شديد أو نحو ذلك كحبس[٣].

صِيغَةُ الطَّلَاقِ صَرِيحٌ وَكِنَايَةٌ

ثم شرع المصنف في الركن الثاني وهو الصيغة ـ بقوله: (والطلاق ضربان) فقط (صريح) وهو: ما لا يحتمل ظاهره غير الطلاق، فلا يحتاج إلى نية لإيقاع الطلاق[٤] كما سيأتي فلو قال: لَمْ أَنوِ بِهِ الطلاق لم يقبل[٥] وحكى الخطابي فيه

---

(١) أي مطلقاً لا بقيد كونه على الطلاق.

(٢) ذكر الشارح للإكراه شروطاً ثلاثة وبقي أن لا تظهر منه قرينة اختيار بأن عدل عن اللفظ المكره عليه إلى غيره فإن أكره على ثلاث من الطلقات أو على صريح أو تعليق أو على أن يقول طلقت أو على طلاق مبهمة فخالف بأن وحد أو ثنى أو كنى أو نجز أو سرّح أو طلق معينة وقع بل لو وافق المكره ونوى الطلاق وقع لاختياره، شرح المنهج. لأن صريح الطلاق في حق المكره كناية لا يقع إلا بالنية.

(٣) من الإكراه قول المرأة لزوجها طلقني وإلا أطعمتك سماً مثلاً وغلب على ظنه ذلك.

(٤) وشرط وقوعه بصريح أو كناية رفع صوته بحيث يسمع نفسه لو كان صحيح السمع ولا عارض ولا يقع بغير لفظ عند أكثر العلماء قاله م ر في شرحه. وقوله ولا يقع بغير لفظ أي ولا صوت خفيّ بحيث لا يسمع نفسه وقوله عند أكثر العلماء أشار به إلى خلاف سيدنا مالك فإنه قال يقع بنيته.

(٥) المناسب لم يفد إذ هو المناسب لقوله فلا يحتاج إلى نية وأيضاً هو لو قال ذلك قبل منه ولكن قبوله لا يفيد شيئاً إذ عدم النية لا يعتدّ به في الصريح شيخنا وعبارة م د قوله لم يقبل صوابه لا يمنع الوقوع لأنه المراد وإن قبلناه اهـ أي لأن قوله السابق فلا يحتاج لنية إيقاع لا يلائمه.

فَالصَّرِيحُ ثَلَاثَةُ أَلْفَاظٍ: الطَّلَاقُ، وَالْفِرَاقُ، وَالسَّرَاحُ

الإجماع (وكناية) وهو ما يحتمل الطلاق وغيره فيحتاج إلى نية لإيقاعه كما سيأتي، فانحصر الطلاق في هذين القسمين وما وقع للدميري من قوله: لنا طلاق يقع بلا صريح ولا كناية وصورته باعتراف الزوجين بفسق الشهود حالة العقد هو على وجه ضعيف، والصحيح في الروضة أنها فرقة فسخ.

تنبيه ـ أفهم كلام المصنف أنه لا يقع طلاق بنية من غير لفظ وهو كذلك، ولا بتحريك لسانه بكلمة الطلاق إذا لم يرفع صوته بقدر ما يسمع نفسه مع اعتدال سمعه وعدم المانع لأن هذا ليس بكلام.

[القَوْلُ فِي الطَّلَاقِ الصَّرِيحِ]

(فالصريح ثلاثة ألفاظ) فقط كما قاله الأصحاب (الطلاق) أي ما اشتق منه لاشتهاره فيه لغة وعرفاً (و) كذا (الفراق والسراح) بفتح السين أي ما اشتق منهما على المشهور فيهما لورودهما في القرآن بمعناه وأمثلة المشتق من الطلاق كطلقتك وأنت طالق ويا مطلقة ويا طالق، لا أنت طلاق والطلاق فليسا بصريحين، بل كنايتان لأن المصادر إنما تستعمل في الأعيان توسعاً ويقاس بما ذكر: فارقتك وسرحتك فهما صريحان وكذا أنت مفارقة ومسرحة، ويا مفارقة ويا مسرحة، وأنت فراق والفراق وسراح والسراح كنايات.

فروع ـ لو قال: أنت طالق من وثائق أو من العمل أو سرحتك إلى كذا كان كناية، إن قصد أن يأتي بهذه الزيادة قبل فراغه من الحلف وإلا فصريح، ويجري ذلك فيمن يحلف بالطلاق من ذراعه أو فرسه أو رأسه أو نحو ذلك، فلو أتى بالتاء المثناة من فوق بدل الطاء كأن يقول أنت تالق كان كناية كما قال بعض المتأخرين سواء أكانت لغته كذلك أم لا، ولو قال نساء المسلمين طوالق لم تطلق زوجته إن لم ينوِ طلاقها بناء على الأصح من أن المتكلم لا يدخل في عموم كلامه، وترجمة لفظ الطلاق بالعجمية صريح، لشهرة استعمالها في معناها عند أهلها دون ترجمة الفراق والسراح فإنها كناية كما صححه في أصل الروضة، للاختلاف في صراحتهما بالعربية فضعفا بالترجمة.

وَلَا يَفْتَقِرُ صَرِيحُ الطَّلَاقِ إِلَى النِّيَّةِ، وَالْكِنَايَةُ: كُلُّ لَفْظٍ احْتَمَلَ الطَّلَاقَ وَغَيْرَهُ

(ولا يفتقر) وقوع (الطلاق) بصريحه (إلى النية) إجماعاً إلا في المكره عليه فإنه يشترط في حقه النية إن نواه وقع على الأصح وإلا فلا، وكذا الوكيل في الطلاق يشترط في حقه إذا طلق عن موكله بالصريح النية إن كان لموكله زوجة أخرى، كما رجحه في الخادم لتردده بين زوجتين فلا بد من تمييز، قال: أما إذا لم يكن لموكله غيرها ففي اشتراط النية نظر لتعين المحل القابل للطلاق من أهله انتهى. والظاهر أنه لا يشترط.

فإن قيل: كيف يقال إن الصريح لا يحتاج إلى نية بخلاف الكناية مع أنه يشترط قصد لفظ الطلاق لمعناه، ولا يكفي قصد حروف الطلاق من غير قصد معناه.

أجيب بأن كلاً من الصريح والكناية يشترط فيه قصد اللفظ لمعناه والصريح لا يحتاج إلى قصد الإيقاع، بخلاف الكناية فلا بد فيها من ذلك.

فروع ـ قوله: الطلاق لازم لي أو واجب عليّ صريح، بخلاف قوله: فرض علي للعرف في ذلك، ولو قال عليّ الطلاق وسكت ففي البحر عن المزني أنه كناية، وقال الصيمري إنه صريح، قال الزركشي وهو الحق في هذا الزمن لاشتهاره في معنى التطليق، وهذا هو الظاهر، وقوله لها طلقك الله، ولغريمه أبرأك الله، ولأمته أعتقك الله صريح في الطلاق والإبراء والعتق إذ لا يطلق الله ولا يبرىء الله ولا يعتق الله إلا والزوجة طالق والغريم بريء والأمة معتقة، بخلاف ما لو قال باعك الله أو أقالك الله، فإنه كناية لأن الصيغ هنا[1] قوية، لاستقلالها بالمقصود، بخلاف صيغتي البيع والإقالة.

[القَوْلُ فِي كِنَايَةِ الطَّلَاقِ]

(والكناية كل لفظ احتمل الطلاق وغيره) ولا يخالف هذا قول البغوي في

---

(١) أي في نحو طلقك الله قوية لاستقلالها بالمقصود لعدم توقفها على شيء آخر بخلاف صيغتي البيع والإقالة فإنهما غير مستقلين بالمقصود لتوقفهما على القبول. والقاعدة أن كل ما يستقل به الشخص إذا أضافه إلى الله كان صريحاً وكل ما لا يستقل به إذا أضافه إلى الله كان كناية.

وَتَفْتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ .

تهذيبه: هي كل لفظ ينبىء عن الفرقة وإن دق ولا قول الرافعي: هي ما احتمل معنيين فصاعداً، إذ هي في بعض المعاني أظهر لرجوع ذلك كله إلى معنى واحد (وتفتقر) في وقوع الطلاق بها (إلى النية) إجماعاً إذ اللفظ متردد بين الطلاق وغيره، فلا بد من نية تميز بينهما، وألفاظها كثيرة لا تكاد تنحصر، ذكر المصنف بعضها في بعض النسخ بقوله (مثل أنت خَلِيَّة) أي خالية مني وكذا يقدر الجار والمجرور فيما بعده (و) أنت (بتة) بمثناة قبل آخره أي مقطوعة الوصل، مأخوذة من البت وهو القطع.

تنبيه ـ تنكير البت جوزه الفراء والأصح ـ وهو مذهب سيبويه أنه لا يستعمل إلا معرفاً باللام.

(و) أنت (بائن) من البين وهو الفراق.

تنبيه ـ قوله بائن هو اللغة الفصحى والقليل بائنة.

(و) أنت (حرام)[1] أي محرمة علي ممنوعة للفرقة (و) أنت (كالميتة) أي في التحريم شبه تحريمها عليه بالطلاق كتحريم الميتة (واغْرُبِي) بمعجمة ثم راء ـ أي

---

(١) كذا عليّ الحرام فكناية إن قصد به الطلاق وقع وإلا فلا ومع عدم النية يلزمه كفارة يمين بالله من قوله أنت حرام أي عليّ ومثله حلال الله عليّ حرام وإن قال ذلك أبداً ومثل عليّ الحرام الحرام يلزمني اهـ ز ي وقوله عليّ الحلال كناية إن نوى به الطلاق وقع وإلا فلا قال ع ش وخرج بأنت عليّ حرام ما لو حذف أنت واقتصر على قوله عليّ الحرام وقوة كلامه تعطي أنه لا كفارة عليه وذلك موافق لما أفتى به والده كالشرف المناوي لكن في فتاوى الشارح أن عليّ الحرام أو الحرام يلزمني كناية وعليه كفارة حيث كان له زوجة إذا لم ينوِ به الطلاق.
فرع: يقع الطلاق كثيراً أن يقول الإنسان عليّ الحرام على مذهب مالك والذي يظهر فيه أنه إن كان يعرف أن الحرام عند مالك معناه الطلاق الثلاث كان حلفاً بالثلاث لتضمن ذلك نية العدد وإن كان لا يعرف ذلك فله تقليد الشافعي في عدم العدد فلا يقع عليه إلا طلقة واحدة هكذا ظهر فلينظر فيه اهـ كذا بخط الرشيدي ومن الكناية أيضاً ما لو زاد على قوله أنت عليّ حرام ألفاظاً تؤكد بعده عنها كأنت حرام كالخنزير أو كالميتة وغيرهما ومن ذلك ما اشتهر على ألسنة العامة من قوله أنت حرام، كما حرم لبن أمي أو إن أتيتك أتيتك مثل أمي وأختي أو مثل الزاني فلا يخرج به عن كونه كناية وليس من الكناية ما لو قالت له أنا ذاهبة بيت أبي مثلاً فقال لها الباب مفتوح.

. . . .

صيري غريبة بلا زوج، وأما اعزبي ـ بالمهملة والزاي فذكره المصنف بمعناه كما سيأتي (واستبرئي رحمك) أي لأني طلقتك، وسواء في ذلك المدخول بها وغيرها (وتقنعي) أي استري رأسك بالقناع لأني طلقتك، والقناع ـ بكسر القاف والمقنعة ـ بكسر الميم ـ ما تغطي به المرأة رأسها ومحاسنها (وابعدي) أي مني لأني طلقتك (واذهبي) أي عني لأني طلقتك، هما بمعنى اعزبي بالمهملة والزاي (والحقي بأهلك) بكسر الهمزة وفتح الحاء ـ وقيل بالعكس وجعله المطرزي خطأ أي لأني طلقتك سواء أكان لها أهل أم لا (وما أشبهه ذلك) من ألفاظ الكنايات كتجردي وتزودي أي استعدي للحوق بأهلِك، ولا حاجة لي فيك أي لأني طلقتك وذوقي أي مرارة الفراق، وحَبْلُكِ على غَارِبِكِ أي خليت سبيلك كما يُخَلَّى البعير في الصحراء وزمامه على غاربه ـ وهو ما تقدم من الظهر وارتفع من العنق ـ ليرعى كيف شاء ولا أنده سربك من النده وهو الزجر أي لا أهتم بشأنك لأني طلقتك، والسرب ـ بفتح السين وسكون الراء المهملتين ـ الإبل وما يرعى من المال، أما بكسر السين فالجماعة من الظباء والبقر، ويجوز كسر السين هنا، وخرج بقيد شبه ما ذكره ما لا يشبهه من الألفاظ نحو بارك الله فيك، واطعميني واسقيني وزوديني وقومي واقعدي ونحو ذلك فلا يقع به طلاق وإن نواه لأن اللفظ لا يصلح له.

[القَوْلُ فِي شُرُوطِ وُقُوعِ الطَّلَاقِ بالكناية]

(فإن نوى بجميع ذلك) أي نوى بلفظ من ألفاظه (الطلاق) فيه (وقع) إن اقترن بكل اللفظ كما في «المنهاج» كأصله، وقيل يكفي اقترانها بأوله وينسحب ما بعده عليه، ورجحه الرافعي في «شرح الصغير»، وصوبه الزركشي، والذي رجحه ابن المقري ـ وهو المعتمد ـ أنه يكفي اقترانها ببعض اللفظ سواء أكان من أوله أو وسطه أو آخره إذ اليمين إنما تعتبر بتمامها.

تنبيه ـ اللفظ الذي يعتبر قرن النية به هو لفظ الكناية كما صرح به الماوردي والروياني، والبندنيجي، لكن مثَّل له الرافعي تبعاً لجماعة بقرنها بأنت من أنت بائن مثلاً، وصوب في «المهمات» الأولى، لأن الكلام في الكنايات، والأوجه الاكتفاء بما

. . . .

قاله الرافعي، لأن أنت وإن لم يكن جزءاً من الكناية فهو كالجزء منها لأن معناها المقصود لا يتأدى بدونه.

(وإن لَمْ يَنْوِه) بلفظ من ألفاظ الكنايات المذكورة (لم يقع) طلاق لعدم قصده، وإشارة ناطق وإن فهمها كل أحد بطلاق كأن قالت له زوجته: «طلقني» فأشار بيده أن اذهبي لغو، لا يقع به شيء، لأن عدوله عن العبارة إلى الإشارة يفهم أنه غير قاصد للطلاق وإن قصده بها فهي لا تقصد للإفهام إلا نادراً، ويعتد بإشارة أخرس، ولو قدر على الكتابة كما صرح به الإمام في العقود كالبيع، وفي الأقارير وفي الدعاوى وفي الحلول كالطلاق والعتق واستثنى في الدقائق شهادته[1] وإشارته في الصلاة فلا يعتد بها، ولا يحنث بها في الحلف على عدم الكلام، فإن فُهِمَ طلاقه مثلاً بإشارته. كل أحد من فَطِنَ وغيره فصريحة لا تحتاج لنية، وإن اختص بطلاقه مثلاً بإشارته فَطِنُون فكناية تحتاج إلى النية.

تتمة ـ لو قال لزوجته: إن أبرأتني من دينك فأنت طالق، فأبرأته براءة صحيحة، وقع الطلاق بائناً، بخلاف ما لو قال لغيرها: إن أبرأتيني من دينك فزوجتي طالق. فأبرأته براءة صحيحة، وقع الطلاق رجعياً، لأنه تعليق محض، ولو قال لزوجته: إن دخلتُ البيت ووجدتُ فيه شيئاً من متاعك ولم أكسره على رأسك فأنت طالق. فوجد في البيت هوناً لها لم تطلق كما جزم به الخوارزمي ورجحه الزركشي للاستحالة، وقيل: تطلق قبيل موته أو موتها لليأس ولو قال لزوجته: إن قَبَّلْتُ ضرتك فأنت طالق، فَقَبَّلَهَا مَيْتَةً لَمْ تُطَلَّقْ، بخلاف تعليقه بتقبيل أمه. فإنها تطلق بتقبيله لها ميتة إذ قبلة الزوجة قبلة شهوة، ولا شهوة بعد الموت، والأم لا فرق فيها بين الحياة والموت، لأن قبلتها قبلة شفقة وكرامة أكرمنا الله سبحانه وتعالى وجميع أهلنا ومشايخنا وأصحابنا والمسلمين بالنظر إلى وجهه الكريم.

---

(١) فلا تقبل شهادته بالإشارة أي لأنها يحتاط لها ولا تبطل صلاته بإشارته أي لأنها إنما تبطل بحرفين أو بحرف مفهم أي بالنطق بذلك فلو باع في صلاته بالإشارة انعقد البيع ولا تبطل الصلاة، وبه يلغز ويقال: لنا إنسان يبيع ويشتري في الصلاه عامداً عالماً ولا تبطل صلاته.

فَصْــلٌ

وَالنِّسَاءُ فِيهِ ضَرْبَانِ: ضَرْبٌ فِي طَلَاقِهِنَّ سُنَّةٌ وَبِدْعَةٌ، وَهُنَّ ذَوَاتُ الْحَيْضِ، فَالسُّنَّةُ أَنْ يُوقِعَ الطَّلَاقَ

فَصْــلٌ فِي الـطَّلَاقِ السُّنِّي وَغَيْرِهِ

والترجمة بالفصل ساقطة في أكثر النسخ، وهو في الطلاق السني وغيره فيه اصطلاحان: أحدهما ـ وهو أضبط ـ ينقسم إلى سني وبدعي وثانيهما ـ وهو أشهر ـ ينقسم إلى سني وبدعي ولا ولا، ويعلم ذلك من كلام المصنف.

الأَحْكَامُ الَّتِي تَعْتَرِي الطَّلَاقَ

فائدة ـ قسم جماعة الطلاق إلى الأحكام الخمسة: واجب كطلاق الحكم في الشقاق، ومندوب كطلاق زوجة حالها غير مستقيم كأن تكون غير عفيفة، وحرام كالطلاق البدعي، كما سيأتي، ومكروه كطلاق مستقيمة الحال، وعليه حمل: «أَبْغَضُ الحَلَالِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى الطَّلَاقُ» وأشار الإمام إلى المباح بطلاق من لا يهواها الزوج ولا تسمح نفسه بمؤنتها من غير استمتاع بها.

(والنساء فيه) أي في حكم الطلاق (ضربان: ضرب في طلاقهن سنة) أي لا تحريم فيه (وبدعة) أي حرام (وهن ذواتُ الحيض) وأشار إلى القسم الأول بقوله (فالسنة) أي السني[1] (أن يوقع الطلاق) على مدخول بها ليست بحامل[2] ولا

---

(١) الياء ليست للنسب بل هي تسمية اصطلاحية إذ لو كانت للنسب لاقتضى أن هذا القسم لا يكون إلا سنة مع أنه تدخل في الأحكام. التي في الفائدة ما عدا الحرام فيكون المراد به الجائز ويصح أن تكون الياء للنسبة والسنة المنسوب إليها بمعنى الطريقة فيصدق بما تقدم من الأحكام. والياء في البدعي ليست للنسب وإلا لكان خاصاً بالحرام مع أنه يدخل فيه المندوب والمكروه والمباح بل والواجب أي فيكون التقسيم إلى سني أو بدعي وإلى واجب وغيره تقسيماً اعتبارياً تجتمع فيه الأقسام بعضها مع بعض لا حقيقياً وقوله أي السني لما كان قول المصنف السنة يوهم أن المراد بالسنة ما يثاب على فعله فسره الشارح بما يدفع ذلك فقال أي السني يعني الإيقاع المنسوب للسنة بمعنى الجائز لا ما يثاب على فعله.

(٢) لما سيأتي أن طلاق هؤلاء لا يتصف بسنة ولا ببدعة ووجهه أن مدته لا تختلف وهذا بناء على تقسيمه إلى ثلاثة أقسام فإن قسم قسمين فهذه الثلاثة من السني.

فِي طُهْرٍ غَيْرِ مُجامِعٍ فِيهِ وَالْبِدْعَةُ أَنْ يُوقِعَ الطَّلَاقَ فِي الْحَيْضِ أَوْ فِي طُهْرٍ جَامَعَهَا فِيهِ . .

صغيرة ولا آيسة (في طهر غير مجامع فيه) ولا في حيض قبله[1] وذلك لاستعقابه الشروع في العدة وعدم الندم فيمن ذكرت وقد قال تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] أي في الوقت الذي يشرعن فيه في العدة.

الطَّلَاقُ البِـدْعِـيُّ

وأشار إلى القسم الثاني بقوله (والبدعة أن يوقع الطلاق)[2] على مدخول بها (في حيض أو في طهر جامعها فيه) وهي ممن تحبل أو في حيض قبله وإن سألته طلاقاً بلا عوض أو اختلعها أجنبي وذلك لمخالفته فيما إذا طلقها في حيض لقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] وزمن الحيض لا يحسب من العدة ومثله النفاس، والمعنى في ذلك تضررها بطول مدة التربص ولأدائه إلى الندم فيمن تَحْمِل إذا ظهر حَمْلُها فإن الإنسان قد يطلق الحائل دون الحامل وعند الندم قد لا يمكنه التدارك فيتضرر هو وخرج بقيد الإيقاع تعليق الطلاق فلا يحرم في الحيض لكن إن وجدت الصفة في الطهر سمي سنياً، وإن وجدت في الحيض سمي بدعياً، ويترتب عليه أحكام البدعي إلا أنه لا إثم فيه باتفاق الأصحاب في كل الطرق كما قاله في «الزوائد»، نعم إن أوقع الصفة في الحيض باختياره فينبغي ـ كما قاله الرافعي ـ إنه يأثم بإيقاعه في الحيض كإنشائه الطلاق فيه وخرج بقيد الطلاق السني والبدعي الفسوخ، فإنها لا تنقسم إلى سني ولا إلى بدعي قاله في «الروضة» لأنها شرعت لدفع مضار زائدة فلا يليق بها تكليف مراقبة الأوقات، وبقيد قوله: في الحيض، ما إذا وافق قوله: أنت زمن الطهر وطالق زمن الحيض، فهل سيكون سنياً أو بدعياً؟ وهي مسألة عزيزة النقل ذكرها ابن

---

(١) أي ولا مجامع في حيض قبله أي قبل الطهر غير المجامع فيه وإلا فهو من البدعي كما سيشير إليه بقوله أو في طهر جامعها فيه وهي ممن تحبل أو في حيض قبله.

(٢) أي سواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً. واعلم أن قول المصنف أن يوقع قيد يخرج التعليق والطلاق قيد يخرج الفسخ والحيض والطهر الموصوف بالجماع فيه قيد يخرج إيقاع الطلاق في طهر لم يجامعها فيه فهو سني وكله في كلام الشارح وسيأتي أيضاً في ثالث التنبيهات أنه يستثنى من الحكم على إيقاع الطلاق في الحيض بأنه بدعي سبع صور لا يكون فيها بدعياً.

. . . .

الرفعة في غير مظنتها في باب الكفارات ونقل فيها عن ابن سريج وأقره أنه قال: يحسب لها الزمن الذي وقع فيه قوله: أنت فقط قرءاً ويكون الطلاق سنياً، قال: وهو من باب ترتيب الحكم على أول أجزائه، لأن الطلاق لا يقع بقوله: أنت بمفرده اتفاقاً، وإنما يقع بمجموع قوله: أنت طالق. انتهى.

تنبيهات ـ أحدها: قضية تقييد المصنف بالجماع قصر الحكم عليه وليس مراداً. بل لو استدخلت ماءه المحترم كان الحكم كذلك وكذا الوطء في الدبر على الأصح كما في الروضة، لثبوت النسب ووجوب العدة به.

التنبيه الثاني ـ ظاهر كلامه حصر البدعي فيما ذكره، وليس مراد بل بقي منه قسم آخر مذكور في «الروضة»، وهو في حق من له زوجتان وقسم لإحداهما ثم طلق الأخرى قبل المبيت عندها، ولو نكح حاملاً من زنا ثم دخل بها ثم طلقها نظر إن لم تَحِضْ فبدعي لأنها لا تشرع في العدة[1] إلا بعد الوضع والنفاس، وإلا فإن طلقها في الطهر فسني، أو في الحيض فبدعي.

كما يؤخذ من كلامهم، وأما الموطوءة بشبهة إذا حبلت منه ثم طلقها طاهراً فإنه بدعي.

التنبيه الثالث ـ يستثنى من الطلاق في الحيض صور منها: الحامل إذا حاضت فلا يحرم طلاقها لأن عدتها بالوضع، ومنها ما لو كانت الزوجة أمة وقال لها سيدها: إن طلقك الزوج اليوم فأنت حرة فسألت الزوج الطلاق في الحيض لأجل العتق فطلقها لم يحرم، فإن دوام الرق أضرُّ بها من تطويل العدة وقد لا يسمح به السيد بعد ذلك، أو يموت فيدوم أسرها بالرق قاله الأذرعي بحثاً وهو حسن، ومنها: طلاق المتحيرة فليس بسني ولا بدعي، ومنها: طلاق الحكمين في صورة الشقاق، ومنها: طلاق المولى إذا

---

(١) هذا ما ذكره في الروضة هنا والذي ذكره فيها في العدد أن زمن الطهر يحسب قرءاً إذا تقدم على الحمل حيض فكان الأولى أن يسقط قوله إلا بعد الوضع والنفاس لما علمت ويصح حمل كلام الشارح على صورة ما إذا لم يسبق لها حيض لأن هذا الطهر الذي طلقها فيه لا يسمى قرءاً لأن القرء طهر بين دمين وذكر الحلبي على المنهج ما يؤيده.

وَضَرْبٌ لَيْسَ فِي طَلَاقِهِنَّ سُنَّةٌ وَلاَ بِدْعَةٌ وَهُنَّ أَرْبَعٌ، الصَّغِيرَةُ، وَالآيِسَةُ وَالْحامِلُ وَالْمُخْتَلِعَةُ الَّتِي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا.

طولب وإن توقف فيه الرافعي، ومنها مالو طلقها في الظهر طلقة ثم طلقها في الحيض ثانية، ومنها: مالو خالعها على عوض لإطلاق قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ولحاجتها إلى الخلاص بالمفارقة حيث افتدت بالمال وهذا ليس بسني ولا بدعي وهو وارد على قول المصنف.

طَلَاقٌ لَيْسَ بِدْعِيًا وَلَا سُنِيًا

(وضرب ليس في طلاقهن سنة ولا بدعة) على المشهور من المذهب كما في الروضة (وهن أربع) الأولى (الصغيرة) التي لم تحض (و) الثانية (الآيسة) لأن عدتهما بالأشهر، فلا ضُرر يحلقهما (و) الثالثة (الحامل) التي ظهر حملها لأن عدتها بوضعه فلا تختلف المدة في حقها ولا ندم بعد ظهور الحمل (و) الرابعة (المختلعة التي لم يدخل بها) إذ لا عدة عليها.

مَا يُطْلَبُ مِمَّنْ طَلَّقَ بِدْعِيًا

تتمة ـ من طلق بدعياً سن له الرجعة، ثم بعدها إن شاء طلق بعد تمام طهر، لخبر الصحيحين أن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما طلق زوجته وهي حائض فذكر ذلك عمر للنبيّ ﷺ فقال: : «مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ لِيُطَلِّقْهَا طَاهِراً»(١) أي قبل أن يمسها إن أراد كما صرح به في بعض روايتهما، ولو قال لحائض ممسوسة أو نفساء: أنت طالق للبدعة وقع الطلاق في الحال أو: أنت طالق للسنة فيقع الطلاق حين تطهر، وإن قال لمن في طهر لم تمسه فيه: أنت طالق للسنة وقع في الحال، وإن مست فيه فحين تطهر بعد الحيض أو للبدعة وقع في الحال إن مست فيه، أو في حيض قبله ولو قال: أنت طالق طلقة حسنة أو أحسن الطلاق أو أفضله أو أعدله أو أجمله فكالسنة، أو طلقة قبيحة أو أقبح الطلاق أو أسمجه أو أفحشه فكالبدعة وقوله لها: طلقتك طلاقاً كالثلج أو كالنار يقع في الحال ويلغو التشبيه المذكور.

---

(١) أخرجه البخاري ٨/ ٦٥٣ (٤٩٠٨) ومسلم ٢/ ١٠٩٣ (١/ ١٤٧١).

فَصْـــلٌ

وَيَمْلِـكُ الْحُـرُّ ثَـلاَثَ تَطْلِيقَـاتٍ

فَصْـلٌ فِيمَا يَمْلِكُهُ الزَّوْجُ مِنَ الطَّلْقَاتِ

وفي الاستثناء والتعليق والمحل القابل للطلاق وشروط المطلق.

وقد شرع في القسم الأول ـ وهو عدد الطلقات ـ بقوله: (ويملك الحر)[1] على زوجته سواء أكانت حرة أم أمة[2] (ثلاث تطليقات) لأنه ﷺ سُئِلَ عَنْ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فَأَيْنَ الثَّالِثَةُ فَقَالَ: «أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» وإنما لم يعتبروا رق الزوجة لأن الاعتبار في الطلاق بالزوج، لما روى البيهقي أن النبيّ ﷺ قال: «الطَّلاَقُ بِالرِّجَالِ وَالعِدَّةُ بِالنِّسَاءِ» ولا يحرم جمع الطلقات، لأنَّ عويمراً العجلاني لَمَّا لاَعَنَ ٱمْرَأَتَهُ عِنْدَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ طَلَّقَهَا ثَلاَثاً قَبْلَ أَنْ يُخْبِرَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهَا تَبِينُ بِاللِّعَانِ» متفق عليه[3] فلو كان إيقاع الثلاث حراماً لنهاه عن

---

(١) أي كامل الحرية ثلاث طلقات أي في حق غيره ﷺ أما هو فلا ينحصر طلاقه في أحد الوجهين كما لا ينحصر عدد زوجاته، والوجه الثاني أنه في الطلاق كغيره وهو الصحيح. وعلى الحصر قيل يحل له أن يعيدها من غير محلل وادعى المؤلف أنه الأصح وقيل لا تحل له أبداً لعدم إمكان التحليل لما خص به من حرمة نسائه المدخول بهن بنكاح أو ملك على غيره لقوله تعالى ﴿وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ولا أن تنكحوا أزواجه من بعده أبداً﴾ قيل نزلت في طلحة لما قال إن مات لأتزوَّجنَّ بعائشة، ولأنهن أمهات المؤمنين قال الله تعالى ﴿وأزواجه أمهاتهم﴾ ولأنهنَّ أزواجه في الجنة فإن المرأة في الجنة لآخر أزواجها كما قال القشيري وقيس بزوجته أمته كما جزم به الطاوسي والبارزي وغيرهما وهو أحد وجهين في الروضة وأصلها بلا ترجيح. وظاهر الآية يقتضي أنها لا تحرم على غيره لأنها ليست بزوجة ولا أم المؤمنين لكن المنع أقوى معنى وخرج بالمدخولة غير المدخول بها فإن كانت أمته لم تحرم على غيره أو زوجته حرمت إن مات عنها. وفيمن فارقها في حياته أوجه أصحها التحريم مطلقاً كما هو ظاهر الأدلة وحكي عن نص الشافعي في أحكام القرآن ورجحه النووي هذا إذا لم تختر المخيرة فراقه فإن اختارت فراقه فمنهم من طرد فيه الخلاف والأظهر في الشرح الصغير القطع بالحل وإلا فلا معنى للتخيير وجزم به الإمام وحكوا فيه الاتفاق والأصح التحريم ذكره المناوي في شرح الخصائص.

(٢) خالف أبو حنيفة فجعل الاعتبار بحال النساء كالعدّة واختاره ابن سريج.

(٣) أخرجه البخاري ٨/ ٤٩٩ (٤٧٤٥، ٥٣٠٨) ومسلم ٢/ ١١٢٩ (١/ ١٤٩٢).

وَالْعَبْدُ تَطْلِيقَتَيْنِ، وَيَصِحُّ الاسْتِثْنَاءُ فِي الطَّلَاقِ، إِذَا وَصَلَهُ بِهِ.

ذلك ليعلمه ـ هو ومن حضره (و) يملك (العبد تطليقتين) فقط وإن كانت زوجته حرة لما روى الدارقطني مرفوعاً: «طَلَاقُ الْعَبْدِ طَلْقَتَانِ»[1] والمكاتب والمبعض والمدبر كالقن، وإنما لم يعتبروا حرية الزوجة لما مرَّ.

تنبيه ـ قد يملك العبد ثالثة كذمي طلق زوجته طلقتين ثم التحق بدار الحرب واسترق ثم أراد نكاحها فإنها تحلُّ له على الأصح ويملك عليها الثالثة لأنها لم تحرم عليه بالطلقتين وطريان الرق لا يمنع الحل السابق بخلاف ما لو طلقها طلقة ثم استرق فإنها تعود له بطلقة فقط لأنه رُقَّ قبل استيفاء عدد العبيد.

[القَوْلُ فِي الاسْتِثْنَاءِ فِي الطَّلَاقِ]

ثم شرع في القسم الثاني ـ وهو الاستثناء ـ بقوله: (ويصح الاستثناء في الطلاق) لوقوعه في القرآن والسنة وكلام العرب، وهو الإخراج بإلا أو إحدى أخواتها ولصحته شروط خمسة وهي: (إذا وصله به) أي اليمين ونواه قبل فراغه وقصد به رفع حكم اليمين وتلفظ به مُسْمِعاً به نفسه ولم يستغرق فلو انفصل زائداً على سكتة النفس ضرَّ أما لو سكت لتنفس أو انقطاع صوت فإنه لا يضر. لأن ذلك لا يعد فاصلاً بخلاف الكلام الأجنبي ولو يسيراً أو نواه بعد فراغ اليمين ضر بخلاف ما إذا نواه قبلها لأن اليمين إنما تعتبر بتمامها وذلك صادق بأن ينويه أولها أو آخرها أو ما بينهما أو لم يقصد به رفع حكم اليمين أو قصد به رفع حكم اليمين ولم يتلفظ به أو تلفظ به ولم يسمع به نفسه عند اعتدال سمعه أو استغرق المستثنى منه ضرّ والمستغرق باطل بالإجماع كما قاله الإمام والآمدي، فلو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً لم يصح الاستثناء وطلقت ثلاثاً ويصح تقديم المستثنى على المستثنى منه كأنت إلا واحدة طالق ثلاثاً والاستثناء يعتبر من الملفوظ به لا من المملوك فلو قال: أنت طالق خمساً إلا ثلاثاً وقع طلقتان ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا نصف طلقة وقع ثلاثاً، لأنه إذا استثنى من طلقة، بعض طلقة بقي بعضها ومتى بقي بعضها كملت.

---

(١) أخرجه الدارقطني ٤/ ٣٩ والبيهقي ٧/ ١٧٠.

وَيَصِحُّ تَعْلِيقُهُ بِالصِّفَةِ

تنبيه ـ يطلق الاستثناء شرعاً على التعليق بمشيئة الله تعالى كقوله: أنت طالق إن شاء الله تعالى أو إنْ لم يشأ الله تعالى طلاقك، وقصد التعليق بالمشيئة في الأولى وبعدمها في الثانية قبل فراغ الطلاق لم يحنث، لأن المعلق عليه من مشيئة الله وعدمها غير معلوم فإن لم يقصد بالمشيئة التعليق ـ بأن سبق إلى لسانه لتعوده بها كما هو الأدب أو قصدها بعد الفراغ من الطلاق أو قصد بها التبرك أو أن كل شيء بمشيئة الله تعالى، أو لم يعلم هل قصد التعليق أم لا ـ حنث، وكذا إن أطلق كما هو قضية كلامهم وكذا يمنع التعليق بالمشيئة انعقاد نية وضوء أو صلاة أو صوم أو غيرها عند قصد التعليق، وانعقاد تعليق وانعقاد عتق، وانعقاد يمين وانعقاد نذر وانعقاد كل تصرف غير ما ذكر مما حقه الجزم كبيع وإقرار وإجارة ولو قال: يا طالق إن شاء الله وقع طلقة في الأصح؛ نظراً لصورة النداء المشعر بحصول الطلاق حالته، والحاصل لا يعلق بخلاف أنت طالق، فإنه كما قال الرافعي: قد يستعمل عند القرب منه وتوقع الحصول، كما يقال للقريب من الوصول: أنت واصل وللمريض المتوقع شفاؤه أنت صحيح، فينتظم الاستثناء في مثله.

[القَوْلُ فِي تَعْلِيقِ الطَّلَاقِ بِالصِّفَةِ وَالشَّرْطِ]

ثم شرع في القسم الثالث ـ وهو التعليق ـ بقوله: (ويصح تعليقه) أي الطلاق قياساً على العتق (بالصفة) فتطلق عند وجودها، فإذا قال لها أنت طالق في شهر كذا أو في غرته أو في رأسه أو في أوله، وقع الطلاق مع أول جزء من الليلة الأولى منه أو: أنت طالق في نهار شهر كذا أو أول يوم منه فتطلق بأول فجر يوم منه أو: أنت طالق في آخر شهر كذا أو سلخه فتطلق بآخر جزء من الشهر وإن علق بأول آخره طلقت بأول اليوم الأخير منه لأن أول آخره ولو علق بآخر أوله طلقت بآخر اليوم الأول منه لأنه آخر أوله ولو علق بانتصاف الشهر طلقت بغروب شمس يوم الخامس عشر وإن نقص الشهر، لأنْ المفهوم من ذلك ولو علق بنصف نصفه الأول طلقت بطلوع فجر الثامن، لأن نصف نصفه سبع ليالي ونصف وسبعة أيام ونصف والليل سابق النهار، فيقابل نصف ليلة بنصف يوم ويجعل ثمان ليال وسبعة أيام نصفاً أو سبع ليال وثمانية أيام

وَالشَّرْطِ

نصفاً ولو علق بما بين الليل والنهار طلقت بالغروب إن علق نهاراً، وبالفجر إن علق ليلاً، إذ كل منهما عبارة عن مجموع جزء من الليل وجزء من النهار إذ لا فاصل بين الزمانين وقوله: (والشرط) مجرور عطفاً على الصفة قال في المطلب: وقد استؤنس لجواز تعليق الطلاق بالشرط بقوله ﷺ: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» انتهى.

وأدوات التعليق بالشرط والصفات «إن» وهي أم الباب نحو: إدن دخلتِ الدار فأنت طالقٌ و «مَنْ» بفتح الميم ـ كمَنْ دخلت مِنْ نسائي الدار فهمي طالق، «وإذا» «ومتى» «ومتى ما» بزيادة ما، و« كلما» نحو كلما دخلت الدار واحدة من نسائي فهي طالق و«أي» كأي وقت دخلت الدار فأنت طالق، ومن الأدوات «إذ ما» على رأي سيبويه و«مهما» وهي بمعنى ما و«ما» الشرطية و«إذ ما» و«أيا ما» كلمة و«أيان» وهي كمتى في تعميم الأزمان، و«أين» و«حيثما» لتعميم الأمكنة، وكيف «وكيفما» للتعليق على الأحوال وفي فتاوى الغزالي أن التعليق يكون بلا في بلد عم العرف فيها كقول أهل بغداد أنت طالق لا دخلت الدار، ويكون التعليق أيضاً بلو: كأنت طالق لو دخلت الدار كما قاله الماوردي.

وهذه الأدوات لا تقتضي بالوضع فوراً في المعلق عليه ولا تراخياً إن علق بمثبت كالدخول في غير خلع أما فيه فإنها تفيد الفورية في بعض صيغه كإن وإذا، كإن ضمنت ـ أو إذا ضمنت ـ لي ألفاً فأنت طالق وكذا تفيد الفورية في التعليق بالمشيئة نحو أنت طالق إن شئت أو إذا شئت لأنه تمليك على الصحيح بخلاف متى شئت، ولا تقتضي هذه الأدوات تكرار في المعلق عليه، بل إذا وجد مرة واحدة من غير نسيان ولا إكراه انحلت اليمين ولم يؤثر وجودها ثانياً إلا في «كلما» فإن التعليق بها يفيد التكرار فلو قال: من له عبيد وتحته أربع نسوة: إن طلقت واحدة فعبد من عبيدي حر أو اثنتين فعبدان أو ثلاثاً فثلاثة أو أربعاً فأربعة وطلق أربعاً معاً أو مرتباً عتق عشرة واحد بطلاق الأولى واثنان بطلاق الثانية وثلاثة بطلاق الثالثة وأربعة بطلاق الرابعة ومجموع ذلك عشرة، ولو علق بكلما فخمسة عشر، لأنها تقتضي التكرار كما مر لأن فيها أربعة آحاد واثنين وثلاثة وأربعة فيعتق واحد بطلاق الأولى وثلاثة بطلاق الثانية لأنه صدق به طلاق واحدة وطلاق ثنتين وأربعة بطلاق الثالثة، لأنه صدق عليه طلاق واحدة وطلاق

وَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ قَبْلَ النِّكَاحِ، وَأَرْبَعٌ لَا يَقَعُ طَلَاقُهُمْ: الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ، وَالنَّائِمُ، وَالْمُكْرَهُ.

ثلاث، وسبعة بطلاق الرابعة لأنه صدق عليه طلاق واحدة، وطلاق ثنتين غير الأوليين، وطلاق أربع ومجموع ذلك خمسة عشر.

ثم شرع في القسم الرابع ـ وهو المحل ـ بقوله: (ولا يقع الطلاق) المعلق (قبل النكاح) بعد وجوده لقوله ﷺ: «لَا طَلَاقَ إِلَّا بَعْدَ نِكَاحٍ» صححه الترمذي[1].

الْقِسْمُ الْخَامِسِ وَهُوَ شُرُوطُ الْمُطَلِّقِ

ثم شرع في القسم الخامس وهو شروط المطلق بقوله: (وأربع لا يقع طلاقهم) بتنجيز ولا تعليق: الأول (الصبي) والثاني: (المجنون) والثالث: (النائم) لقوله ﷺ: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ، وعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيقَ وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ»[2] صححه أبو داود وغيره وحيث ارتفع عنهم القلم بطل تصرفهم، نعم لو طرأ الجنون من سكر تعدى به صح تصرفه، لأنه لو طلق في هذا الجنون وقع طلاقه على المذهب المنصوص في كتب الشافعي رضي الله عنه كما قاله في الروضة، والمبرسم والمعتوه وهو الناقص العقل كما في الصحاح كالمجنون (و) الرابع: (المكروه) بفتح الراء على طلاق زوجته لا يقع خلافاً لأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لقوله ﷺ: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ» ولخبر: «لَا طَلَاقَ فِي إِغْلَاقٍ» أي إكراه، رواه أبو داود والحاكم وصحح إسناده على شرط مسلم فإن ظهر من المكره قرينة اختيار منه للطلاق كأن أكره على ثلاث طلقات فطلق واحدة أو على طلاق صريح فكنى ونوى أو على تعليق فنجز أو بالعكس لهذه الصور وقع الطلاق في الجميع لأن مخالفته تشعر اختياره فيما أتى به.

وشرط حصول الإكراه قدرة المكرِه بكسر الراء على تحقيق ما هدد به المكرَه

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٥/١٦ وعبدالرزاق (١١٤٤٨) والحاكم ٢/٤١٩ والدارقطني ٤/١٧ وانظر نصب الراية ٣/ ٢٣١ والتلخيص ٣/ ٢١٠.

(٢) أخرجه البخاري معلقاً ٩/ ٣٨٨ في الطلاق باب الطلاق في الإغلاق وأبو داود ٤/ ٥٦٠ (٤٤٠٣) والترمذي ٤/ ٣٢ (١٤٢٣) وابن ماجة ١/ ٦٥٨ (٢٠٤١) والحاكم ١/ ٢٥٨.

. . . .

بفتحها تهديداً عاجلاً ظلماً بولاية أو تغلب وعجز المكره بفتح الراء عن دفع المكره بكسرها بهرب وغيره كاستغاثة بغيره وظنه أنه إن امتنع من فعل ما أكره عليه حقق ما فعل ما خوفه به، لأنه لا يتحقق العجز إلا بهذه الأمور الثلاثة، فخرج بعاجلاً ما لو قال: لأقتلنك غداً فليس بإكراه وبظلماً ما لو قال ولي القصاص للجاني: طلق زوجتك وإلا اقتصصت منك لم يكن إكراها.

ويحصل الإكراه بتخويف بضرب شديد أو حبس طويل أو إتلاف مال أو نحو ذلك مما يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه.

ويختلف الإكراه باختلاف الأشخاص والأسباب المكره عليها فقد يكون الشيء إكراهاً في شخص دون آخر، وفي سبب دون آخر فالإكراه بإتلاف مال لا يضيق على المكره بفتح الراء كخمسة دراهم في حق الموسر ليس بإكراه على الطلاق لأن الإنسان يتحمله ولا يطلق، بخلاف المال الذي يضيق عليه. الحبس في الوجيه إكراه وإن قل كما قاله الأذرعي والضرب اليسير في أهل المروءات إكراه وخرج بقيد طلاق زوجته فيما تقدم ما إذا أكرهه على طلاق زوجة نفسه بأن قال له طلق زوجتي وإلا قتلتك وقع على الصحيح لأنه أبلغ في الإذن كما قاله في الروضة.

تتمة ـ لو قال لزوجته: إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثاً فطلقها طلقة أو أكثر وقع فقط ولا يقع معه المعلق لزيادته على المملوك وقيل: لا يقع شيء لأنه لو وقع المنجز لوقع المعلق قبله بحكم التعليق، ولو وقع المعلق لم يقع المنجز وإذا لم يقع المنجز لم يقع المعلق، وهذه المسألة تسمى السريجية منسوبة لابن سريج وجرى عليها كثير من الأصحاب والأول هو ما صححه الشيخان وهو المعتمد، وقال الشيخ عز الدين: لا يجوز التقليد في عدم الوقوع وقال ابن الصباغ وددت لو محيت هذه المسألة، وابن سريج بريء مما نسب إليه فيها ولو علق الطلاق بمستحيل عرفاً كصعود السماء والطيران أو عقلاً كالجمع بين الضدين أو شرعاً كنسخ صوم رمضان، لم تطلق، لأنه لم ينجز الطلاق وإنما علقه على صفة لم توجد واليمين فيما ذكر منعقدة حتى يحنث بها المعلق على الحلف ولو قال لزوجته: إن كلمت زيداً فأنت طالق فكلمت حائطاً مثلاً

فَصْــلٌ

وَشُرُوطِ الرَّجْعَةِ أَرْبَعَةٌ:

وهو يسمع لم يحنث في أصح الوجهين لأنها لم تكلمه ولو قال لها إن كلمت رجلاً فأنت طالق فكلمت أباها أو واحداً من محارمها طلقت لوجود الصفة فإن قال قصدت منعها من مكالمة الأجانب قبل منه لأنه الظاهر، وفروع الطلاق لا تنحصر وفي هذا القدر كفاية لمن وفقه الله لهذا المختصر الذي عم نفعه في الوجود نفع الله تعالى به ورحم مؤلفه وشارحيه. آمين.

فَصْلٌ فِي الرَّجْعَةِ[1]

بفتح الراء أفصح من كسرها عند الجوهري والكسر أكثر عند الأزهري وهي لغة: المرة من الرجوع، وشرعاً رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص كما يؤخذ مما سيأتي.

والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ أي في العدة﴿إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحاً﴾ [البقرة: ٢٢٨] أي رجعة، كما قاله الإمام الشافعي ـ رضي الله عنه ـ وقوله ﷺ: «أَتَانِي جِبْرِيلُ فَقَالَ: رَاجِعْ حَفْصَة فَإِنَّهَا صَوَّامَةٌ قَوَّامَةٌ وَإِنَّهَا زَوْجَتُكَ فِي الجَنَّةِ».

أَرْكَانُ الرَّجْعَةِ

وأركانها ثلاثة محل وصيغة ومرتجع وأما الطلاق فهو سبب لا ركن، وبدأ المصنف بشروط الركن الأول ـ وهو المحل ـ بقوله (وشروط) صحة (الرجعة أربعة)

---

(١) ذكرها عقب الطلاق لأنه سببها والمسبب يؤخر عن السبب وعبارة زي وذكر المصنف الرجعة عقب الطلاق إشعاراً بأنها في حكم ابتداء النكاح كما سيظهر في بعض فروعها، وإن ظهر في بعض آخر أنها في حكم استدامة النكاح أي لأنها لا تكون إلا بعده ولذلك لا يطلق الترجيح فيها بشيء من أنها ابتداء نكاح أو استدامة. وسكت كالأصحاب عن سنّ الرجعة وعدمه لاختلاف ذلك بحسب الحال اهـ. وأصلها الإباحة وتعتريها أحكام النكاح، فتجب على من طلق إحدى زوجتيه قبل أن يوفي لها ليلتها، وتحرم فيما إذا ترتب عليها عدم قسم أو عجز عن الإنفاق أو المعاشرة بالمعروف، وتكره حيث سنّ الطلاق، وتندب حيث طلقت بدعياً.

أَنْ يَكُونَ الطَّلَاقُ دُونَ الثَّلَاثِ، وَأَنْ يَكُونَ بَعْدَ الدُّخُولِ بِهَا، وَأَلَّا يَكُونَ الطَّلَاقُ بِعِوَضٍ، وَأَنْ تَكُونَ قَبْلَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ.

فَصْــلٌ

وَإِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَاحِدَةً أَوِ

وترك خامساً وسادساً كما ستعرفه؛ الأول (أن يكون الطلاق دون الثلاث) في الحر ودون اثنين في الرقيق، ولو قال كما في المنهاج «لم يستوف عدد الطلاق» لشمل ذلك أما إذا استوفى ذلك فإنه لا سلطنة له عليها (و) الثاني (أن يكون) الطلاق (بعد الدخول بها) فإن كان قبله فلا رجعة له لبينونتها، وكالوطء استدخال المني المحترم (و) الثالث (ألَّا يكون الطلاق بعوض) منها أو من غيرها فإن كان على عوض فلا رجعة كما تقدم توجيهه في الخلع (و) الرابع (أن تكون) الرجعة (قبل انقضاء العدة) فإذا انقضت فسيأتي في كلام المصنف في الفصل بعده مع أن هذا الفصل ساقط في بعض النسخ، والخامس كون المطلقة قابلة للحل للمراجع، فلو أسلمت الكافرة واستمر زوجها وراجعها في كفره لم يصح، أو ارتدت المسلمة لم تصح مراجعتها في حال ردتها، لأن مقصود الرجعة الحل والردة تنافيه، وكذا لو ارتد الزوج أو ارتدا معاً، وضابط ذلك انتقال أحد الزوجين إلى دين يمنع دوام النكاح، والسادس كونها معينة فلو طلق إحدى زوجتيه وأبهم ثم راجع إحداهما، أو طلقهن جميعاً ثم راجع إحداهن لم تصح الرجعة إذ ليست الرجعة في احتمال الإبهام كالطلاق لشبهها بالنكاح، وهو لا يصح مع الإبهام ولو تعينت ونسيت لم تصح رجعتها أيضاً في الأصح.

تتمة ـ لو علق طلاقها على شيء وشك في حصوله فراجع ثم علم أنه كان حاصلاً ففي صحة الرجعة وجهان: أصحهما كما قاله شيخ النووي الكمال سلام في مختصر البحر إنها تصح.

فَصْلٌ فِي بَيَانِ مَا يَتَوَقَّفُ عليه حِلُّ المُطَلَّقَةِ[1]

(وإذا طلق) الحر (امرأته) بغير عوض منها حرة كانت أو أمة، طلقة (واحدة أو

---

(١) هو الرجعة في الرجعية وتجديد العقد في البائن بدون الثلاث والمحلل في المطلقة ثلاثاً، =

اثْنَتَيْنِ فَلَهُ مُرَاجَعَتُهَا، مَا لَمْ تَنْقَضِ عِدَّتُهَا.

اثنتين) بعد وطئها ولو في الدبر، بناء على أنه يوجب العدة وهو الأصح، وكذا لو استدخلت ماءه المحترم فإن الرجعة تثبت به على المعتمد (فله مراجعتها) بغير إذنها وإذن سيدها (ما لم تنقض عدتها) لقوله تعالى: ﴿فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] ولو كان حق الرجعة باقياً لما كان يباح لهن النكاح.

تنبيه ـ يرد عليه ما إذا خالط الرجعية مخالطة الأزواج بلا وطء، فإن العدة لا تنقضي ولا رجعة له بعد الأقراء أو الأشهر كما في الروضة والمنهاج وأصليهما، وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين ودخل في كلامه ما إذا وطئت بشبهة فحملت ثم طلقها، فإن له الرجعة في عدة الحمل على الأصح ومع أنها ليست في عدته ولكن لم تنقض عدتها.

[القَوْلُ فِي شُروطِ المُرْتَجِعِ]

وشرط في المرتجع ـ وهو الركن الثاني ـ الاختيار وأهلية النكاح بنفسه وإن توقف على إذن؛ فتصح رجعة سكران وسفيه ومحرم لا مجنون ومكره ولولي من جن وقد وقع عليه طلاق رجعة حيث يزوجه بأن يحتاج إليه.

وشرط في الصيغة ـ وهو الركن الثالث ـ لفظ يشعر بالمراد وفي معناه ما مر في الضمان، وذلك إما صريح، وهو كرددتك إلي وراجعتك ـ وارتجعتك وأرجعتك وأمسكتك لشهرتها في ذلك، وورودها في الكتاب والسنة، وفي معناها سائر ما اشتق من مصادرها كأنت مراجعة، وما كان بالعجمية وإن أحسن العربية، وإما كناية كتزوجتك ونكحتك ويشترط فيها تنجيز، وعدم تأقيت فلو قال راجعتك إن شئت فقالت شئت أو راجعتك شهراً لم تحصل الرجعة، وسن إشهاد عليها خروجاً من خلاف من أوجبه وإنما لم تجب، لأنها في حكم استدامة النكاح السابق، وإنما وجب الإشهاد على النكاح لإثبات الفراش وهو ثابت هنا.

= والترجمة بالفصل ساقطة في بعض النسخ وفي بعضها ثابتة وهذا على ثبوت الفصل السابق وأما على سقوطه فما هنا ثابت ولا بد.

فَإِنِ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا حَلَّ لَهُ نِكاحُها بِعَقْدٍ جَديدٍ وَتَكُونُ مَعَهُ عَلَى ما بَقِيَ مِنَ الطَّلاقِ، فَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلاثاً لَمْ تَحِلَّ لَهُ إِلَّا بَعْدَ وُجُودِ خَمْسِ شَرَائِطَ: انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا مِنْهُ، وَتَزْوِيجِها بِغَيْرِهِ، وَدُخُولِهِ بِهَا وَإِصَابَتِهَا،

تنبيه ـ قد علم مما تقرر أن الرجعة لا تحصل بفعل غير الكناية وإشارة الأخرس المفهمة كوطء ومقدماته وإن نوى به الرجعة لعدم ـ دلالته، عليها.

(فإذا انقضت عدتها) بوضع حمل أو أقراء، أو أشهر (كان له) إعادة (نكاحها بعقد جديد) بشروطه المتقدمة في بابه لبينونتها حينئذ، وحلفت في انقضاء العدة بغير أشهر من أقراء أو وضع إذا أنكره الزوج فتصدق في ذلك إن أمكن، وإن خالفت عادتها لأن النساء مؤتمنات على أرحامهن وخرج بانقضاء العدة غيره كنسب واستيلاد فلا يقبل قولها إلا ببينة، وبغير الأشهر انقضاؤها بالأشهر وبالإمكان ما إذا لم يمكن لصغر أو يأس أو غيره فيصدق بيمينه، ويمكن انقضاؤها بوضع لتمام ستة أشهر ولحظتين من حين إمكان اجتماعهما بعد النكاح، والمصور بمائة وعشرين يوماً ولحظتين ولمضغة بثمانين يوماً ولحظتين وبأقراء لحرة طلقت في طهر سبق بحيض باثنين وثلاثين يوماً ولحظتين وفي حيض بسبعة وأربعين يوماً ولحظة ولغير حرة طلقت في طهر سبق بحيض بستة عشر يوماً ولحظتين وفي حيض بأحد وثلاثين يوماً ولحظة.

(و) إذا انقضت عدتها ثم جدد نكاحها (تكون معه على ما بقي) له (من) عدد (الطلاق) لما روى البيهقي عن عمر رضي الله عنه أنه أفتى بـذلك ووافقه عليه جماعة من الصحابة ولم يظهر لهم مخالف.

[القَولُ فيما إِذا طَلَّقَهَا ثَلاثاً]

(فإن طلقها) أي الحر (ثلاثاً) أو العبد ولو مبعضاً طلقتين معاً أو مرتباً قبل الدخول أو بعده في نكاح أو أنكحة (لم تحل) أي المطلقة (له إلا بعد وجود خمسة أشياء) في المدخول بها وعلى وجود ما عدا الأول منها في غيرها الأول، (انقضاء عدتها منه) أي المطلق (و) الثاني (تزويجها بغيره) ولو عبداً أو مجنوناً (و) الثالث (دخوله بها وإصابتها) بدخول حشفته أو قدرها من مقطوعها، ولو كان عليها حائل كأن لف عليها خرقة فإنه يكفي تغييبها[1]، في قبلها خاصة لا في غيره كدبرها

---

(١) وإن انتفى قصد الزوجين كنوم وجنون منهما كما ذكره الشارح.

وَبَيْنُونَتِهَا مِنْهُ، وَانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا مِنْهُ.

كما لا يحصل به التحصين[١] وسواء أولج هو أم نزلت هي عليه في يقظة أو نوم أو أولج فيها وهي نائمة (و) الرابع (بينونتها منه)[٢] أي الزوج الثاني بطلاق أو فسخ أو موت (و) الخامس (انقضاء عدتها منه) ولاستبراء رحمها الاحتمال علوقها من إنزال حصل منه.

تنبيه[٣] ـ يشترط انتشار الآلة، وإن ضعف الانتشار واستعان بأصبعه أو أصبعها بخلاف ما لو لم ينتشر لشلل أو عنة أو غير فالمعتبر الانتشار بالفعل لا بالقوة على الأصح كما أفهمه كلام الأكثرين وصرح به الشيخ أبو حامد وصاحبا المهذب والبيان وغيرهم، حتى لو أدخل السليم ذكره بأصبعه بلا انتشار لم يحلل كالطفل فما قيل إن الانتشار بالفعل لم يقل به أحد ممنوع ولا بد أيضاً من صحة النكاح، فلا يحلل الوطء في النكاح الفاسد ولا ملك اليمين ولا وطء الشبهة لأنه تعالى علق الحل بالنكاح وهو

---

(١) قد نظم بعضهم صور الفرق بقوله:

الـدبـر مـثـل القبـل فـي الإتيـان	لا الحـلّ والتحليـل والإحصـان
وفيئـة الإيـلاء ونفـي العنـة	والإذن نطقـاً وافتـراش القنـه
ومـدة الـزفـاف واختيـار	رد بعيـب بعـد وطء الشـاري
تصـدّق فـي الحيـض نفـي الـرحـم	إذا زنـى المفعـول فـاحفـظ نظمـي

وقوله في النظم والإذن نطقاً أي أن الموطوءة في الدبر لا يشترط إذنها في صحة نكاحها ولا تصير الأمة به فراشاً. وقوله مدة الزفاف يعني أنها لا تصير كالموطوءة في القبل في مدة الزفاف بأن يبيت عندها ثلاثاً بل يبيت عندها سبعاً. وقوله بعدوطء الشاري أي إذا وطىء المشتري الأمة في الدبر ثم ظهر بها عيب فله اختيار الرد ولا يكون الوطء في الدبر مانعاً من الرد بخلاف الوطء في القبل إذا كانت بكراً يكون عيباً حادثاً يسقط به الرد القهري، وقال بعضهم الظاهر أن هذا يصوّر بما إذا وطئها في الطريق التي يسير فيها للردّ فإن كان الوطء في القبل فلا ردّ لأنه إجازة وإن كان في الدبر رد. وقوله إذا زنى المفعول أي المرأة الموطوءة في الدبر حال الحيض لا يسنّ في حقه التصدق بدينار ولا بنصفه.

(٢) المراد بالبينونة مطلق الفرقة ليشتمل ما إذا طلقها طلاقاً رجعياً وانقضت عدتها.

(٣) اشتمل هذا التنبيه على أربعة شروط غير الخمسة وهي انتشار الآلة بالفعل وصحة النكاح وكون الزوج ممن يمكن جماعه وكونه غير رقيق صبي. وسيذكر في التتمة شرطاً عاشراً وهو الافتضاض في البكر بأن يكون بحيث يقوى على الدخول ولو بإعانة بنحو أصبع وليس لنا وطء يتوقف تأثيره على الانتشار.

. . . .

إنما يتناول النكاح الصحيح بدليل ما لوحلف لا ينكح لا يحنث بما ذكر وكون الزوج ممن يمكن جماعه، لا طفلاً لا يتأتى منه ذلك أو يتأتى منه وهو رقيق لأن نكاحه إنما يتأتى بالإجبار وقد مر أنه ممتنع فليحذر مما وقع لبعض الرؤساء الجهال من الحيلة لدفع العار من إنكاحها مملوكه الصغير، ثم بعد وطئه يملكه لها لينفسخ النكاح وقد قيل: إن بعض الرؤساء فعل ذلك وأعادها فلم يوفق الله بينهما وتفرقا وإنما حرمت عليه إلى أن تتحلل تنفيراً من الطلاق الثلاث، ولقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا﴾ أي الثالثة ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

تتمة ـ يكفي وطء محرم بنسك وخصي ولو كان صائماً، أو كانت حائضة، أو صائمة، أو مظاهراً منها أو معتدة من شبهة وقعت في نكاح المحلل، أو محرمة بنسك لأنه وطء زوج في نكاح صحيح، ويشترط في تحليل البكر الافتضاض، كما قاله الشيخان، **وتحل** كتابية لمسلم بوطء مجوسي أو وثني في نكاح نقرهم عليه، ولو نكح الزوج الثاني بشرط أنه إذا وطئها طلقها أو فلا نكاح بينهما، وشرط ذلك في صلب العقد لم يصح النكاح، لأنه شرط يمنع دوام النكاح، فأشبه التأقيت ولو تواطأ العاقدان على شيء من ذلك قبل العقد ثم عقدا بذلك القصد بلا شرط كره[1]، ولو نكحها بشرط أن لا يطأها[2] وأن لا يطأها إلا نهاراً أو إلا مرة مثلاً لم يصح النكاح[3] إن

(١) قال داود: لا بعد أن يكون مريد النكاح للمطلقة ليحللها للزوج مأجوراً إذا لم يشرطه في العقد لأنه قصد إرفاق أخيه المسلم وإدخال السرور عليه إن كان نادماً حكاه في التمهيد.

(٢) هذا عام في المحلل وغيره.

(٣) عليه حمل الحديث «لعن الله المحلل والمحلل له» وهذا عندنا وأما عند المالكية فعلى ظاهره فلا يصح التحليل مطلقاً بهذا الشرط سواء وقع في صلب العقد أوقبله. ومحل عدم الصحة إن لم يكن بها مانع كالرتق وإلا فلا يضر هذا الشرط في العقد لأنه من مصالحه. وإن كان لا يحصل التحليل إلا بالوطء لأنه زوج غير محلل. قال الدميري ولم تذكر المرأة في اللعن لأن الغالب جهلها ذلك فإن علمت لعنت. قلت وانظر ما المانع من دخولها في الحديث ويكون المراد بالمحلل له ما هو أعم فيشمل الرجل والمرأة إذ التحليل يحصل بما ذكر لكل منهما فتأمل (قوله من جهتها) كأن كان من وليها أو منها (قوله ويقبل قول المطلقة) أي فتصدق في أنها زوجت وأنه أدخل حشفته وأنّ =

. . . .

كان الشرط من جهتها لمنافاة مقصود العقد، فإن وقع الشرط منه لم يضر لأن الوطء حق له فله تركه والتمكين حق عليها فليس لها تركه ويقبل قول المطلقة ثلاثاً في التحليل بيمينها عند الإمكان، وللأول تزوجها وإن ظن كذبها لكن يكره فإن قال: هي كاذبة منع من تزوجها إلا إن قال بعده تبين لي صدقها ولو حرمت عليه زوجته الأمة بإزالة ما يملكه عليها من الطلاق ثم اشتراها قبل التحليل لم يحل له وطؤها لظاهر القرآن[1].

= العدة انقضت كما قرره شيخنا (قوله بيمينها) ولا يحتاج إليه إلا إذا أنكر المحلل بعد طلاقه الوطء أو قال ذلك وليها. أما إذا لم يعارض أحد وصدقها الزوج الأوّل فلا يحتاج إلى يمينها كما أفاده شيخنا الحفناوي وعبارة ح ل ويقبل قولها بيمينها أن المحلل وطىء بالنظر لحلها للأوّل لا لوجوب المهر بتمامه وإن أنكر الوطء وللأوّل نكاحها وإن ظن كذبها بحيث لم يصرح به فإن صرح به فلا بد أن يقول تبينت صدقها، لأن العبرة في العقود بقول أربابها وأنه لا عبرة بالظن إذا لم يكن مستند شرعي. ولو أنكرت الوطء لم تحل للأوّل اهـ وفي ق ل على الجلال ما نصه وتصدق في عدم الإصابة وإن اعترف بها المحلل فليس للأوّل تزويجها وتصدق في دعوى الوطء إذا أنكره المحلل أو الزوج كما تصدق إذا ادّعت التحليل وإن كذبها الولي أو الشهود أو الزوج أو اثنان من هؤلاء الثلاثة لا إن كذبها الجميع. ويكره نكاح من ظن كذبها فيه ولو رجع الزوج عن التكذيب قبل أو رجعت هي عن الإخبار بالتحليل قبلت قبل عقد الزوج لا بعده اهـ.

فرع: رجع من غيبته وادّعى موت زوجته حل له نكاح نحو أختها أو رجعت إحدى الأختين وادعت موت الأخرى لم تحل لزوج أختها التي ادّعت موتها، والفرق أن الزوج قادر على حل نحو الأخت بنفسه بطلاق مثلاً بخلافها (قوله عند الإمكان) أي بأن مضى زمن يمكن فيه التزوّج وانقضاء العدّة (قوله وللأوّل تزويجها) الأولى تزويجها فيه وفيما بعده (قوله فإن قال هي كاذبة الخ) ولو كذبها الغير والولي والشهود لم تحل على الأصح كما نقله في الروضة عن المروزي لكن صحح البلقيني الحل ونقله عن الرازي ولو أنكرت النكاح ثم كذبت نفسها وادعت نكاحاً بشروطه فللأوّل تزوّجها إن صدّقها اهـ سم.

(١) وهو قوله تعالى ﴿فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ فتصدّق بهذه الصورة.

فَصْلٌ

فَصْلٌ فِي الإِيْلاءِ(١)

وهو لغة: الحلف(٢)، قال الشاعر:

وَأَكْذَبُ مَا يَكُونُ(٣) أَبُو المُثَنَّى إِذَا آلَى يَمِيناً بِالطَّلَاقِ

وشرعاً: حلف زوج(٤) يصح طلاقه على امتناعه من وطء زوجته(٥) مطلقاً أو فوق أربعة أشهر(٦) كما سيأتي.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[البقرة: ٢٢٦] الآية وإنما عدي(٧) فيها بمن وهو إنما يعدى بعلى، لأنه ضمن

---

(١) أخره عن الرجعة لصحته من الرجعية وكذا يقال في ذكر الظهار واللعان عقبها وكان طلاقاً بائناً في الجاهلية لا رجعة بعده أبداً فغير الشرع حكمه إلى ما يأتي من ضربها أربعة أشهر ثم بعدها تطالبه بالفيئة أو الطلاق فإن امتنع منهما طلق عليه القاضي.

(٢) أي بدليل قراءة ابن عباس للذين يقسمون من نسائهم.

(٣) أي أكذب أحواله إذا حلف بالطلاق.

(٤) أي غير مجبوب وغير مشلول بخلاف ما لو طرأ الشلل أو الجبّ بعد الإيلاء فلا يمنع من ترتب الأحكام وهو من إضافة المصدر لفاعله ودخل في الزوج المسلم والكافر والحرّ والعبد وقد اشتمل التعريف على جميع الأركان.

(٥) أي غير الرتقاء والقرناء سواء كانت مسلمة أو كافرة حرّة أو أمة أي امتناعاً مطلقاً.

(٦) لأن المرأة يعظم ضررها إذا زاد على ذلك لأنها تصبر عن الزوج أربعة أشهر وبعد ذلك يفنى صبرها أو يقلّ. روى البيهقي عن عمر أنه خرج مرة في الليل في شوارع المدينة فسمع امرأة تقول:

تطاول هذا الليل واسودّ جانبه وأرّقني أن لا خليل ألاعبه
فوالله لولا الله تخشى عواقبه لحرّك من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يصدّني وأخشى لبعلي أن تنال مراتبه

فقال عمر لابنته حفصة كم أكثر ما تصبر المرأة عن الزوج؟ وروي أنه سأل النساء فقلن له تصبر شهرين وفي الثالث يقل صبرها وفي آخر الرابع يفقدصبرها. فكتب إلى أمراء الأجناد أن لا تحبسوا رجلاً عن امرأته أكثر من أربعة أشهر، وقولها من هذا السرير أرادت نفسها لأنها فراش الرجل فهي كالسرير الذي يجلس عليه. =

وَإِذَا حَلَفَ أَنْ لَاّ يَطَأَ زَوْجَتَهُ

معنى البعد كأنه قال للذين يؤلون مبعدين أنفسهم من نسائهم وهو حرام للإيذاء.

[القَوْلُ فِي أَرْكَانِ الإِيلَاءِ]

وأركانه ستة: حالف. ومحلوف به. ومحلوف عليه. ومدة وصيغة وزوجان [١].

والمصنف ذكر بعضها بقوله (وإذا حلف) أي الزوج باسم من أسمائه تعالى أو صفة من صفاته أو بالتزام ما يلزم بنذر[٢] أو تعليق طلاق أو عتق (أن لا يطأ زوجته)

=(٧) جواب عن سؤال حاصله أن الإيلاء بمعنى الحلف والحلف يتعدى بعلى لا بمن. وحاصل الجواب أن الآية فيها تضمين بياني، وضابطه أن يكون هناك فعل مذكور لا يناسب الحرف المذكور فيؤتى باسم فاعل من فعل محذوف يناسب الحرف المذكور ويجعل اسم الفاعل حالاً من فاعل الفعل المذكور كما قدره الشارح بقوله مبعدين الخ أو تضمين نحوي وهو إشراب كلمة معنى كلمة أخرى لتؤدي معناها وتتعدى تعديتها كما أشار له الشارح بقوله لأنه ضمن معنى البعد فعلى هذا يؤلون معناه يبعدون قال ابن عرفة في تفسيره وفائدة التضمين أن تدل كلمة واحدة على معنى كلمتين.

(١) الأولى وزوجة لأن الزوج هو الحالف وقد تقدّم أو كان يحذف الحالف فيما تقدّم لينتفي التكرار. والجواب أنه أشار بذلك إلى أن الحالف لا بد أن يكون زوجاً لكن هذا يقتضي أن يكون الزوج شرطاً في الحالف لا ركناً وقد نظمها بعضهم فقال:

أركان الإيلاء من يحطها لديه ... حالف ومحلوف ومحلوف عليه
وزوجة وصيغة ومده ... فافهم مقالي لا لقيت شدّه

وقول الناظم ومحلوف أي به وإنما حذفه لضرورة النظم.

(٢) كإن وطئتك فعليّ عتق رقبة أو فللّه عليّ صدقة أو صوم أو صلاة ولو قال أو التزام عطفاً على حلف لكان أولى فإن صنيعه يقتضي أنه من الحلف وليس كذلك ومثله يجري في قوله أو تعليق طلاق. وقد يؤوّل كلامه أي أو أتى بالتزام الخ لكن عبارة المنهج تقتضي أنه حلف كعبارة الشارح وهو كذلك لأنه داخل في تعريف الحلف لقول المنهج في الطلاق والحلف ما تعلّق به حثّ أو منع أو تحقيق خبر ثم مثل ذلك. وفهم القليوبي أن المراد بالحلف ما فيه كفارة فاعترض على الشارح وقد علمت رده بتعريفه المذكور.

مُطْلَقاً أَوْ مُدَّةً تَزِيدُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَهُوَ مُولٍ.

الحرة أو الأمة وطأ شرعياً ـ فهو[١] مول فلا إيلاء[٢] بحلفه على امتناعه من تمتعه بها بغير وطء ولا من وطئها في دبرها أو في قبلها في نحو حيض أو إحرام.

ثم أشار إلى المدة بقوله (مطلقاً)[٣] بأن يطلق[٤] كقوله والله لا أطؤك (أو مدة تزيد على[٥] أربعة أشهر) كقوله والله لا أطؤك خمسة أشهر أو قيد بمستبعد الحصول فيها كقوله والله لا أطؤك حتى ينزل السيد عيسى[٦] ابن مريم عليه الصلاة والسلام أو حتى أموت أو حتى تموتي أو حتى يموت فلان (فهو مول) لضررها[٧] بمنع نفسه مما لها فيه حق العفاف، وخرج بقيد الزوجة أمته فلا يصح الإيلاء منها. وبقيد الزيادة على أربعة أشهر ما إذا حلف لا يطؤها مدة وسكت، أو لا يطؤها أربعة أشهر فإنه لا يكون مولياً فيهما أما الأول فلتردد اللفظ بين القليل والكثير. وأما الثاني فلصبرها على الزوج هذه المدة فإذا قال: والله لا أطؤك أربعة أشهر فإذا مضت، فوالله لا أطؤك أربعة أشهر

---

(١) جعله جواب إذا فيكون قول الماتن الآتي فهو مول ضائعاً مع أنه كان جواب إذا فكان الأولى للشارح.

(٢) لكنه حالف فيحنث إذا خالف يمينه وتلزم الكفارة وإن لم يترتب عليه أحكام الإيلاء وكذا يقال في كل الصور التي ينتفي فيها الإيلاء.

(٣) نعت لمصدر محذوف أي امتناعاً مطلقاً غير مقيد بمدة ومثل المطلق المؤبد.

(٤) فيه تفسير الشيء بنفسه فلو قال بأن لا يقيد بمدة لكان أولى.

(٥) أي بيمين واحدة ليخرج ما إذا زادت على أربعة أشهر بيمينين كالمثال الآتي كما في شرح المنهج.

(٦) في مسلم أنه ينزل على المنارة البيضاء شرقي دمشق وأنه يقتل الدجال وأنه يصلي وراء إمام منا تكرمة من الله تعالى لهذه الأمة.

(٧) علة للحكم عليه بأنه مول والمعنى أنه يحكم عليه بأنه مول ويترتب عليه أحكامه من ضرب المدة وإلزامه بعدها بالتخيير بين الفيئة والطلاق والحكم عليه بالإثم لضررها الخ فهو علة للحكم لا لإيلائه نفسه فليس المعنى أن علة إيلائه وحلفه تضررها إذ لا يصح المعنى. فإن قلت إن الوطء حق للزوج فلم حكم بالإيلاء في مدة الزيادة على الأربعة أشهر. قلت أجيب عن ذلك بأن الزوج لما حلف قطع رجاءها من العفة في المدة فربما لم تطق ذلك بخلاف ما إذا لم يحلف فلا ينقطع الرجاء محترز قيد مقدّر في المتن أي تزيد على أربعة أشهر بيمين واحدة وما هنا يمينان.

. . . .

فليس[١] بمول لانتفاء فائدة [٢] الإيلاء ولكنه يأثم لكن إثم الإيذاء لا إثم الإيلاء، قال في المطلب وكأنه دون إثم المولي ويجوز أن يكون فوقه لأن ذلك يقدر فيه على رفع الضرر بخلاف هذا فإنه لا رفع له إلا من جهة الزوج بالوطء، هذا إذا أعاد حرف القسم، فلو قال: والله لا أطؤك أربعة أشهر فإذا مضت فلا أطؤك أربعة أشهر كان مولياً لأنها يمين واحدة اشتملت على أكثر من أربعة أشهر. ولو قال: والله لا أطؤك خمسة أشهر فإذا مضت فوالله لا أطؤك ستة أشهر فإيلاءان لكل منهما حكمه.

وشرط في الصيغة: لفظ يشعر بالإيلاء، وفي معناه ما مر في الضمان، وذلك إما صريح كتغييب حشفة بفرج ووطء وجماع، كقوله والله لا أغيب حشفتي بفرجك، أو لا أطؤك أو لا أجامعك فإن قال: أردت بالوطء الوطء بالقدم وبالجماع الاجتماع لم يقبل في الظاهر[٣] ويدين، وإما كناية كملامسة ومضاجعة[٤] ومباشرة كقوله: والله لا أمسك أو لا أضاجعك أو لا أباشرك فيفتقر إلى نية الوطء لعدم اشتهارها فيه ولو قال إن

---

(١) بل حالف يلزمه بالمخالفة كفارة وإن كان لا يترتب عليه الأحكام الآتية ومدار كونه ليس مولياً على إعادة اليمين الثاني سواء قال فإذا مضت أم لا فإن لم يعد اليمين الثاني كان مولياً.

(٢) وهي الرفع للقاضي وطلب الفيئة منه بعد مدة الإيلاء أو الطلاق فإن امتنع طلق عليه الحاكم. وكيفية طلاق القاضي عن المولي إذا امتنع أن يقول أوقعت عليّ فلان من فلانة طلقة عليه في زوجته أو حكمت عليه في زوجته بطلقة فإن قال أنت طالق ولم يقل عن فلان لم يقع. وكيفية الدعوى عند القاضي أن تدعي عليه بالإيلاء وأن مدته قد انقضت من غير وطء وتطلب منه دفع الضرر بالخروج عن موجبه بالفيئة كما سيأتي في الشرح.

(٣) أي فتجري عليه أحكام الإيلاء ظاهراً. وأما باطناً فلا يحنث وإذا وطىء في الأول ولا يلزمه كفارة ولا غيرها مما علق به لأن نيته عدم الوطء بالقدم ولم يخالف ذلك بخلافه في الثانية إذا وطىء حنث ظاهراً وباطناً لأنه يلزم من الجماع الاجتماع وهو حلف على عدم الاجتماع وقد حصل الاجتماع في ضمن الوطء لكن لا يأثم إثم الإيلاء لأنه لم يحلف على الامتناع من الوطء وكذا في الأولى لأنه لا إيلاء في نيته وقوله في الظاهر أي إلا لقرينة.

(٤) وفي نسخة ومضاجعة ولا مانع من كون كل كناية.

وَيُؤَجَّلُ لَهُ إِنْ سَأَلَتْ ذَلِكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ،

وطئتك فعبدي حر فزال ملكه عنه بموت أو بغيره[١] زال الإيلاء. لأنه لا يلزم بالوطء بعد ذلك شيء، ولو قال إن وطئتك فضرتك طالق فمول من المخاطبة فإن وطىء في مدة الإيلاء أو بعدها طلقت الضرة لوجود المعلق عليه، وزال الإيلاء إذ لا يلزمه شيء بوطئها بعد، ولو قال والله لا أطؤك سنة إلا مرة[٢] مثلاً فمول إن وطىء وبقي من السنة أكثر من الأشهر الأربعة لحصول الحنث بالوطء بعد ذلك بخلاف ما لو بقي أربعة أشهر فأقل فليس بمول بل حالف، (ويؤجل له) بمعنى يمهل[٣] المولي وجوباً (إن سألت) زوجته (ذلك أربعة أشهر)[٤] سواء الحر والرقيق في الزوج والزوجة، من حين الإيلاء في غير رجعية، وابتداؤه في رجعية، آل منها من حين الرجعة، ويقطع المدة ردة بعد دخول[٥] ولو من أحدهما وبعد المدة[٦]، لارتفاع النكاح[٧] أو اختلاله بها، فلا يحسب زمنها[٨]؛ من المدة ومانع وطء بالزوجة حسي أو شرعي غير نحو حيض كنفاس، وذلك

---

(١) كبيع لازم من جهته أو بشرط الخيار للمشتري وحده ولا يعود الإيلاء بفسخه لتجدد الملك والهبة المقبوضة كالبيع بخلاف الاستيلاد والتدبير ونحوهما.

(٢) فإن لم يطأ حتى مضت السنة انحلّ الإيلاء ولا كفارة عليه ولا نظر لاقتضاء اللفظ وطأه مرة لأن القصد منع الزيادة عليها لا إيجادها.

(٣) هذا يقتضي أن قوله أربعة أشهر منصوب على الظرفية مع أن الذي يفهم من المتن أنه نائب فاعل يؤجل إلا أن يقال هذا حل معنى.

(٤) يحتمل أن يكون مفعولاً لقوله يؤجل ونائب الفاعل قوله له ويحتمل أن يكون بالرفع نائب فاعل وله متعلق بيؤجل وإن كان ظاهر الشرح يقتضي أنه مفعول ونائب الفاعل ضمير يعود على المولي حيث قال يمهل المولي كما علمت وهي أي الأربعة أشهر حق للزوج كالأجل في الدين وخالف أبو حنيفة فاقتصر على شهرين في الزوجة الرقيقة ومالك فاقتصر على شهرين في الزوج الرقيق كمذهبهما في الطلاق.

(٥) أما قبله فإن النكاح ينقطع لا محالة فلا إيلاء ومثل الدخول استدخال منيّ الزوج المحترم.

(٦) من جملة الغاية أي ولو كانت الردّة كما قاله ق ل وحينئذ فالمراد بقطعها ما يشمل عدم حسبانها وبعد مضيّ الأربعة يضرب له أربعة أخرى إن بقي من زمن الإيلاء أكثر منها وإلا فلا.

(٧) أي إن أصرّ إلى انقضاء العدّة وقوله أو اختلاله بها أي إن عاد إلى الإسلام قبل مضيّ العدة.

(٨) أي وإن أسلم في العدة وهذا لا حاجة إليه مع قوله وتستأنف بل ربما يوهم أن معنى القطع عدم الحسبان مع البناء على ما مضى مع أنها لا تبنى كما يأتي.

. . . .

كمرض وجنون ونشوز وتلبس بفرض نحو صوم [١] كاعتكاف وإحرام فرضين [٢] ، لامتناع الوطء معه بمانع من قبلها وتستأنف المدة بزوال القاطع، ولا تبني [٣] على ما مضى.

تنبيه ـ ما ذكره المصنف من توقف التأجيل على سؤالها ممنوع، فهو مخالف لقول الإمام الشافعي والأصحاب، فقد قال الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه في الأم كما في المطلب ما نصه: ومن حلف لا يقرب امرأته أكثر من أربعة أشهر فتركته امرأته، ولم تطالبه حتى مضى الوقت الذي حلف عليه فقد خرج من حكم الإيلاء لأن اليمين ساقطة عنه. اهـ. فلو كان التأجيل متوقفاً على طلبها لما حسبت المدة، وصرح الأصحاب بضرب المدة بنفسها سواء علمت ثبوت حقها في الطلب وتركته قصداً أم لم تعلم حتى انقضت المدة، ولا تحتاج إلى ضرب القاضي لثبوتها بنص القرآن العظيم حتى قال في الروضة: لو آلى ثم غاب أو آلى وهو غائب حسبت المدة.

---

(١) إلا إن كان الصوم موسعاً كقضاء ونذر وكفارة فإنه لا يمنع على ما بحثه الزركشي لأنه يجوز له أن يطأها الآن واعتمد الزركشي أنه مانع أي لأنه يهاب وطأها وإن كان جائزاً له ح ل وعبارة البرماوي قوله نحو صوم أي ولو نذراً أو كفارة أو قضاء فورياً وكذا قضاء موسعاً على المعتمد خلافاً للعلامة ابن حجر ولا يكلف في نحو الصوم الوطء ليلاً.

(٢) فيه أن الإحرام يمتنع الخروج منه وإن لم يكن فرضاً. وجوابه أنه وإن كان كذلك فإنه لا يقطع المدّة تأمل. لكن يشكل معه العلة المذكورة اهـ وقال خضر انظر أيّ حاجة لقوله فرضين بعد قوله وتلبس بفرض نحو صوم.

(٣) أي لانتفاء التوالي المعتبر في حصول الإضرار أما غير المانع كصوم نفل أو المانع القائم به مطلقاً حساً أو شرعاً أو بها وكان نحو حيض فلا يقطع المدة لأن الزوج متمكن من تحليلها ووطئها في الأول والمانع من قبله في الثانية، ولعدم خلوّ المدة عن الحيض غالباً في الثالثة وألحق به النفاس لمشاركته له في أكثر الأحكام اهـ شرح المنهج وقوله لانتفاء التوالي هذا التعليل لا يوجد فيما إذا طرأ المانع بعد المدة. وقوله أما غير المانع كصوم نفل لعل مثله كل ما يجوز له أن يطأ فيه وقوله متمكن من تحليلها أي إخراجها من الصوم بسبب إبطاله بنحو الوطء فقوله ووطئها من عطف السبب على المسبب.

ثُمَّ يُخَيَّرُ بَيْنَ الْفَيْئَةِ وَالتَّكْفِيرِ أَوِ الطَّلَاقِ،

(ثـم) إذا مضت المـدة ولـم يطـأ مـن غيـر مـانـع بـالـزوجـة (يخيـر)[1] المولي بطلبها (بين الفيئة) بأن يولج المولي حشفته أو قدرها من مقطوعها بقبل المرأة[2] وسمي للوطء فيئة لأنه من فاء إذا رجع (والتكفير) لليمين إن كان حلفه بالله تعالى على ترك وطئها (أو الطلاق)[3] للمحلوف عليها.

تنبيه ـ كيفية المطالبة[4] أنها تطالبه أولاً بالفيئة التي امتنع منها، فإن لم يفىء طالبته بالطلاق لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] ولو تركت حقها كان لها المطالبة بعد ذلك لتجدد الضرر وليس لسيد الأمة مطالبته لأن التمتع حقها، وينتظر بلوغ المراهقة ولا يطالب وليها بذلك وما ذكرته من الترتيب[5] بين مطالبتها بالفيئة والطلاق وهو ما ذكره الرافعي

---

(١) أي يخيره القاضي بطلبها أو تخيره هي بإذن القاضي لها في ذلك.

(٢) أي مع زوال بكارة بكر ولو غوراء وإن حرم الوطء أو كان بفعلها فقط بخلافه في دبر فلا تحصل به فيئة لكن تنحلّ به اليمين وتسقط المطالبة لحنثه به فإن أريد عدم حصول الفيئة به مع بقاء المطالبة تعين تصويره بما إذا حلف لا يطؤها في قبلها أو بما إذا حلف ولم يقيد لكنه فعله ناسياً لليمين أو مكرهاً فلا تنحلّ به. وخرج بالفيئة في الدبر. وحاصله أنه إن حلف لا يطأ في القبل فوطىء في الدبر فلا يقال له فيئة ولا يحنث ولا تنحل اليمين ولا تسقط المطالبة وإن حلف لا يطؤها وأطلق فوطىء في الدبر حنث ولزمته الكفارة وسقطت المطالبة وانحلت اليمين لكن لم تحصل الفيئة ويترتب على عدم حصولها الأيمان والتعاليق. وأما إذا وطىء في القبل عامداً عالماً مختاراً حنث وانحلت اليمين وسقطت المطالبة وحصلت الفيئة فإن كان ناسياً لليمين لم تنحل اليمين ولم يحنث ولا يلزمه كفارة وسقطت المطالبة وحصلت الفيئة.

(٣) كذا في بعض النسخ وفي بعضها والطلاق بغير إثبات ألف قبل الواو وهي الأولى بل الصواب لأن بين إنما تضاف لمتعدد.

(٤) ظاهره أنه بيان لكيفية المطالبة على طريقة المتن وليس كذلك لأن الذي في المتن التخيير لا الترتيب إلا أن يقال هذا بيان للمطالبة على الضعيف القائل بالترتيب المقابل للمتن والمعتمد ما اقتضاه المتن من أنها تردد الطلب بينهما. والآية المذكورة ليست نصاً في الترتيب ومن ثم قال الشارح بعد تبعاً لظاهر النص.

(٥) المعتمد الترديد ويترتب على القولين أنها إذا رتبت فطالبته بالفيئة وحدها ثم طالبته بالطلاق وحده فامتنع فطلق عليه الحاكم فإنه لا يقع عليه الطلاق على المعتمد لأنه لا يلزم من امتناعه من الطلاق =

فَإِنْ امْتَنَعَ طَلَّقَ عَلَيْهِ الْحاكِمُ.

رحمه الله تعالى تبعاً لظاهر النص[١] وإن كان قضية كلام المنهاج أنها تردد الطلب[٢] بينهما فإن كان المانع بالزوج وهو طبيعي[٣] كمرض فتطالبه بالفيئة باللسان بأن يقول: إن قدرت فئت، ثم إن لم يفيء طالبته بطلاق[٤]، أو شرعي كإحرام أو صوم واجب فتطالبه بالطلاق لأنه الذي يمكنه لحرمة الوطء فإن عصى بوطء[٥] لم يطالب لانحلال اليمين.

(فإن امتنع) منهما أي الفيئة والطلاق (طلق عليه الحاكم)[٦] طلقة نيابة عنه، لأنه لا سبيل إلى دوام إضرارها ولا إجبار على الفيئة لأنها لا تدخل تحت الإجبار،

= امتناعه من الفيئة بخلاف ما إذا رددت بينهما فامتنع فإنه ينفذ طلاق القاضي عليه لامتناعه حينئذ منهما.

(١) أجيب بأن ما في الآية إنما هو التعبير بالواو وهي لا تفيد ترتيباً فالمعتمد أنها تردد الطلب.

(٢) قال بعضهم وما أدري ما يترتب على الخلاف إلا أن يقال إذا قلنا بالتردد فطلق الحاكم لا يقع أي حيث لم يمتنع منهما تأمل ق ل لأنه الآن غير ممتنع من الفيئة.

(٣) إن كان نسبة إلى الطبع فبفتح الطاء وسكون الباء وإن كان إلى الطبيعة فالقياس فتح الطاء والباء، لأن القياس في النسبة إلى فعيلة فعلي قال ابن مالك:

وفعلـــيّ فـــي فعيلـــة التـــزم ....

(٤) أي وإن أسقطت حقها باللفظ على المعتمد ما لم تنقص المدة ولو اعترفت بالوطء سقط حقها ولا ترجع إلى المطالبة وعبارة م ر فلها المطالبة ما لم تنته مدة اليمين لتجدد الضرر هنا كالإعسار بالنفقة بخلافه في العنة والعيب والإعسار بالمهر لأنه خصلة واحدة.

(٥) بأن كان عامداً عالماً مختاراً وتلزمه الكفارة لحنثه وإلا بأن استدخلت ذكره أو ناسياً أو جاهلاً أو مكرهاً أو مجنوناً سقطت مطالبتها ولا كفارة عليه لعدم حنثه ولا ينحلّ بيمينه. وقوله ولا ينحل يمينه أي وإن سقط حقها من المطالبة وارتفع الإيلاء لوصولها إلى حقها واندفاع ضررها.

(٦) أي ولو طلاقاً رجعياً ولو طلق عليه القاضي ثم راجع عاد الإيلاء إن بقي مدة واستأنفت المدة من الرجعة لأن حكم الإيلاء لا يرتفع إلا بالطلاق البائن كما سيأتي ذكره في الروضة. قال العناني وإذا طلق القاضي في مدة الإمهال وبان أن المولي وطىء قبل تطليقه لم يقع طلاقه ولو وقع طلاق القاضي والمولي معاً نفذ طلاق المولي جزماً وكذا القاضي في الأصح بخلاف ما لو باع الحاكم مالاً لغائب واتفق أن الغائب باعه في ذلك الوقت فإنه يقدم على بيع الحاكم لأن بيع المالك أقوى ولم يقل بوقوع بيع الحاكم أيضاً كما هنا لأنه لا يمكن وقوع البيعين من اثنين بخلاف الطلاق.

. . . .

والطلاق يقبل النيابة فناب الحاكم عنه عند الامتناع فيقول: أوقعت على فلانة عن فلانة طلقة كما حكي عن الإملاء أو حكمت عليه في زوجته بطلقة [(١)] .

تنبيه ـ يشترط حضوره ليثبت امتناعه كالعضل إلا إن تعذر ولا يشترط للطلاق حضوره عنده، ولا ينفذ طلاق للقاضي في مدة إمهاله [(٢)] ، ولا بعد وطئه أو طلاقه، وإن طلقا معاً وقع الطلاقان، وإن طلق القاضي مع الفيئة لم يقع الطلاق لأنها المقصودة وإن طلق الزوج بعد طلاق القاضي وقع الطلاق إن كان طلاق القاضي رجعياً[(٣)].

تتمة ـ لو اختلف الزوجان في الإيلاء أو في انقضاء مدته بأن ادعته عليه فأنكر صدق بيمينه[(٤)]؛ لأن الأصل عدمه[(٥)] ولو اعترفت بالوطء بعد المدة وأنكره سقط حقها من الطلب عملاً باعترافها ولم يقبل رجوعها عنه لاعترافها بوصول حقها إليها، ولو

---

(١) أي وإن بانت منه لعدم دخول أو استيفاء ثلاث. إذا أكرهه الحاكم على الطلاق فطلق مكرهاً وقع لأنه مكره بحق.

(٢) لأنه يمهل إذا استمهل يوماً فأقل ليفيء فيه.

(٣) بخلاف ما إذا كان بائناً لكونه قبل الدخول أو بعد طلقتين فاندفع ما يقال إن القاضي لا يطلق إلا طلقة فكيف يكون طلاقه بائناً.

(٤) ولم تصدق وهي ثيب أو بكر غوراء وهذا مستثنى من قاعدة أن القول قول نافي الوطء، وقد نظم بعضهم هذه القاعدة وما استثني منها فقال:

القـــول قـــول واطـــيء فـــي ستـــه ... مضبـــوطـــة بـــالحفـــظ عنـــد الثقـــة

الحلـــف فـــي التحليـــل والثيـــوبـــه ... والـــوطء مـــع فـــرع أتـــى وعنـــه

ومثـــــل ذا الإيـــــلاء والتعليـــــق ... بطلقـــــة لسنـــــة تحقيـــــق

فمدّعي الوطء في التحليل منها أو من المحلل مصدقوفي العنة والإيلاء يصدق إذا ادعى الوطء وأنكرت ولو قال لطاهر أنت طالق للسنة فقال وطئت في هذا الطهر فلا طلاق حالاً فقالت لم تطأ فوقع حالاً صدّق لأصل بقاء العصمة. ولو شرطت بكارتها فوجدت ثيباً فقالت افتضني وأنكر صدقت لدفع الفسخ وهو لدفع كمال المهر وعبارة الروض لو شرطت البكارة في الزوجة فوجدت ثيباً وادعت ذهابها عنده فأنكرت صدقت بيمينها لدفع الفسخ أو ادعت افتضاضه لها فأنكر القول قوله بيمينه لتشطير المهر إن كان شطره أكثر من مهر ثيب والقول قولها بيمينها لدفع الفسخ وعبارة ق ل قوله صدق بيمينه على خلاف قاعدة تصديق مدّعي النفي نظراً لبقاء العقد.

(٥) هذا ظاهر في اختلافهما في الإيلاء لا في انقضائه إذ هما متفقان على الإيلاء وحينئذ فليس الأصل عدمه وإنما علة تصديقه أن الأصل عدم استحقاق الزوجة الطلب بما ذكر ويمكن حمل قول =

فَصْــلٌ

كرر يمين الإيلاء مرتين فأكثر وأراد بغير الأول التأكيد لها ـ ولو تعدد المجلس وطال الفصل ـ صدق بيمينه كنظيره في تعليق الطلاق وفرق بينهما وبين تنجير الطلاق بأن التنجير إنشاء وإيقاع، والإيلاء والتعليق متعلقان بأمر مستقبل، فالتأكيد بهما أليق، أو أراد الاستئناف تعددت الأيمان وإن طلق ولم يرد تأكيداً ولا استئنافاً فواحدة إن اتحد المجلس حملاً على التأكيد وإلا تعددت لبعد التأكيد مع اختلاف المجلس.

فَصْلٌ فِي الظِّهَارِ

وهو لغة مأخوذة من الظهر لأن صورته أن يقول الرجل لزوجته أنت علي كظهر أمي وخصوا الظهر دون غيره لأنه موضع الركوب والمرأة مركوب الزوج وكان طلاقاً في الجاهلية[1] كالإيلاء فغير الشرع حكمه إلى تحريمها بعد العود ولزوم الكفارة كما سيأتي، وحقيقته الشرعية تشبيه الزوج زوجته في الحرمة بمحرمة كما يؤخذ مما سيأتي.

= الشارح مدته على المدة المضروبة وهي أربعة أشهر أي فإنها لا تطالبه إلا بعد انقضائها وعبارة بعضهم قوله لأن الأصل عدمه أي المذكور من الإيلاء في الأوّل والانقضاء في الثاني فسقط ما قيل هذا ظاهر في الأولى أما في الثانية فهما متفقان على الإيلاء فليس الأصل عدمه.

(١) بل وفي أول الإسلام أيضاً والمراد أنه كان طلاقاً بائناً لا رجعة فيه أبداً فكان يقع به طلقة وتصير المرأة بها حراماً مؤبداً لا تحلّ له ولا بعقد نكاح لأن القصة التي هي سبب في نزول قوله تعالى ﴿قد سمع الله﴾ تقتضي أنه كان طلاقاً لا حلّ بعده لا برجعة ولا بعقد. لأن المرأة لما جاءت له ﷺ وأخبرته بأن زوجها ظاهر منها فقال حرمت عليه فاظهرت ضرورتها بأن معها من زوجها أولاداً صغاراً إن ضمتهم إلى نفسها جاعوا وإن ردتهم إلى أبيهم ضاعوا لأنه كان قد عمي وكبر وليس عنده من يقوم بأمرهم. وجاء زوجها إلى النبيّ ﷺ وهو يقاد فلم يرشدهم إلى ما يكون سبباً في عودها إلى زوجها بل قال لها حرمت عليه فقالت ما طلقني فقال حرمت عليه فاغتمت لصغر أولادها وشكت إلى الله فنزلت هذه الأربع آيات فلو كان رجعياً لأرشده إلى الرجعة أو بائناً تحل له بعقد لأمره بتجديد نكاحه فتوقفه ﷺ وانتظاره للوحي دليل على أنه كان طلاقاً لا حلّ بعده لا برجعة ولا بعقد. واسم المرأة المذكورة خولة بنت ثعلبة، ويقال لها خويلة بالتصغير ويقال اسمها جميلة وزوجها أوس بن الصامت الأنصاري الخزرجي البدري شهد المشاهد مات أيام عثمان رضي الله عنه وله خمس وثمانون سنة.

والظِّهَارُ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِزَوْجَتِهِ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي.

والأصل فيه قبل الإجماع آية ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] وهو من الكبائر قال الله تعالى: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكراً مِنَ القَوْلِ وَزُوراً﴾ [المجادلة: ٢].

فائدة: سورة المجادلة(١) في كل آية منها اسم الله تعالى مرة أو مرتين أو ثلاثاً فليس في القرآن سورة تشابههما، وهي نصف القرآن عدداً، وعشرة باعتبار الأجزاء(٢) وأركان الظهار أربعة: صيغة ومظاهر ومظاهر منها ومشبه به.

[القَوْلُ فِي صِيغَةِ الظِّهَارِ]

وكلها تؤخذ من قوله (والظهار أن يقول) أي وصيغته ـ وهو الركن الأول ـ أن يقول (الرجل) أي الزوج وهو الركن الثاني، (لزوجته) أي المظاهر منها ـ وهو الركن الثالث أنت علي أو مني أو معي أو عندي (كظهر أمي) أي مركبي منك حرام كمركبي من أمي هذا هو المشبه به وهو الركن الرابع، فقد حصل من كلام المصنف جميع الأركان لكن لها شروط، فيشترط في الصيغة لفظ يشعر بالظهار وفي معناه ما مر في الضمان وذلك إما صريح كأنت أو رأك أو يدك ـ ولو بدون علي ـ كظهر أمي، أو كبدها أو كناية(٣) كأنت كأمي أو كعينها أو غيرها مما يذكر مما يذك ر للكرامة كرأسها.

[القَوْلُ فِي شَرْطِ المُظَاهِرِ]

وشرط في المظاهر كونه زوجاً يصح طلاقه ولو عبداً(٤) أو كافراً(٥) أو خصياً أو

---

(١) بكسر الدال أي المرأة المجادلة وإن كان المعروف الجاري على الألسنة بفتح الدال فالصواب كسرها كذا في الحاشية ملا علي قاري على الجلالين وضبطه أيضاً في الكشف بكسر الدال.

(٢) لأن منها إلى الآخر ثلاثة أجزاء وقد أشار لهذا بعضهم بقوله:

ما قول من فاق جميع الورى	ودوّن العلم بأفكاره
في أي شيء نصفه عشره	ونصفه تسعة أعشاره

وهو القرآن لأن نصفه الأخير عدداً عشره ونصفه الأعلى تسعة أعشاره.

(٣) أي تحتاج إلى نية ونية الظهار كما قال صاحب الشامل أن ينوي أنها كظهر أمه في التحريم.

(٤) وإن لم يتصور منه التكفير بالإعتاق لإمكان تكفيره بالصوم وجملة التعميمات خمس.

(٥) أي خلافاً للحنفية.

. . . .

مجبوباً[١]، أو سكراناً[٢] فلا يصح من غير زوج[٣] وإن نكح من ظاهر منها ولا من صبي ومجنون[٤] ومكره.

[القَولُ فِي شَرْطِ المُظَاهرِ مِنْهَا]

وشرط في المظاهر منها كونها زوجة[٥] ولو أمة أو صغيرة أو مجنونة أو رتقاء أو قرناء أو رجعية، لا أجنبية ولو مختلعة أو أمة كالطلاق[٦]، فلو قال لأجنبية إن نكحتك فأنت علي كظهر أمي أو قال السيد لأمته أنت علي كظهر أمي لم يصح.

وشرط في المشبه به: كونه كل أنثى محرم أو جزء أنثى محرم بنسب أو رضاع أو مصاهرة، لم تكن حلاً للزوج[٧] كبنته وأخته من نسب ومرضعة أبيه أوأمه أوزوجة أبيه التي نكحها قبل ولادته أو معها فيما يظهر بخلاف غير الأنثى من ذكر وخنثى لأنه ليس محل التمتع وبخلاف من كانت حلاله كزوجة ابنه[٨] وبخلاف أزواج النبي ﷺ لأن

---

(١) مثله الممسوح والفرق بينه وبين الإيلاء حيث لا يصح منه أن المقصود ثم الجماع لا هنا لأن المراد هنا ما يشمل التمتع.

(٢) أي متعدياً لأنه المراد عند الإطلاق وهو في كلامه مصروف لغة أسدية وقيس عليها ما وقع للشارح في غير هذا الموضع أيضاً قال ابن مالك في الكافية:

وباب سكران لدى بني أسد مصروف إذ بالتاء عنهم اطرد

ووجد في بعض النسخ بمنعه من الصرف.

(٣) ولا من الزوجة في قولها لزوجها أنت عليّ كظهر أبي وأنا عليك كظهر أمك أو قال السيد لأمته أنت عليّ كظهر أمي فلا يصح ظهارهم.

(٤) إلا إن علق بصفة ووجدت في حال جنونه.

(٥) قد يقال هو معلوم مما قبله وهو زوج وقد يقال أتي به ليرتب عليه قوله ولو أمة.

(٦) أي في عدم صحته من الأجنبية والمختلعة وأمته.

(٧) أي لم يسبق لها قبل صيرورتها محرماً حالة حلّ أي حالة تحلّ له فيها بعد ولادتها.

(٨) أي وأم زوجته وبنتها لأن تحريم من ذكر طارىء وزوجةابنه بالنون بعد الموحدة وكذا زوجة أبيه التي نكحها بعد ولادته كما علم فلو قال أنت عليّ كظهر امرأة أبي فإن كان أبوه تزوّجها قبل وجوده أو معه صار مظاهراً أو بعده لم يصر مظاهراً ووطء الشبهة كالنكاح فموطوءة أبيه بشبهة كزوجته وكذا الوطء بالملك ومثله يجري في زوجة الابن أيضاً.

فَإِذَا قَالَ لَهَا ذَلِكَ وَلَمْ يُتْبِعْهُ بِالطَّلَاقِ صَارَ عَائِداً

تحريمهن ليس للمحرمية، بل لشرفه ﷺ وأما أخته من الرضاع فإن كانت ولادتها قبل إرضاعه فلا يصح التشبيه بها وإن كانت بعده صح وكذا إن كانت معه فيما يظهر.

تنبيه ـ يصح تأقيت الظهار كأنت عليّ كظهر أمي يوماً تغليباً لليمين فلو قال: أنت كظهر أمي خمسة أشهر كان ظهاراً مؤقتاً وإيلاء[1] لامتناعه من وطئها فوق أربعة أشهر ويصح تعليقه لأنه يتعلق به التحريم فأشبه الطلاق، فلو قال: إن ظاهرت من ضرتك فأنت عليّ كظهر أمي فظاهر منها فمظاهر منهما عملاً بمقتضى التنجيز والتعليق.

[القَوْلُ فِي مُضِيِّ العَوْدِ فِي الظِّهَارِ]

(فإذا قال) المظاهر (ذلك ولم يتبعه بالطلاق) بأن يمسكها بعد ظهاره زمن إمكان فرقة ولم يفعل (صار[2] عائداً) لأن تشبيهها بالأم مثلاً يقتضي أن لا يمسكها زوجة فإن أمسكها زوجة بعد فقد عاد فيما قال، لأن العود للقول مخالفته، يقال قال فلان قولاً ثم عاد له وعاد فيه: أي خالفه ونقضه وهو قريب من قولهم: عاد في هبته.

(١) أي فتجري عليه أحكامهما فتصبر المرأة عليه أربعة أشهر ثم تطالبه بالفيئة أو الطلاق فإن وطىء انحلّ حكم الإيلاء وصار عائداً في الظاهر فلا يحل له وطؤها ثانياً حتى يكفر أو تفرغ المدة وهل يلزمه كفارة للإيلاء أو لا؟ وحاصله أنه إن حلف بالله كأن قال والله أنت عليّ كظهر أمي خمسة أشهر لزمه كفارة أخرى للإيلاء وإن قال أنت كظهر أمي خمسة أشهر لم تلزمه للإيلاء كفارة وإن جرت عليه أحكام الإيلاء من ضرب المدة.

(٢) إن طلقها بعد ذلك قال الدمياطي في شرحه والعود هو أن يمسكها في النكاح زمناً يمكنه أن يطلقها فيه فحينئذ تجب الكفارة، ولكن لو كانت زوجته أمة فظاهر منها ثم اشتراها ثم جامع فإنه لا كفارة عليه على الصحيح وقوله ثم اشتراه الخ الذي في تحرير شيخ الإسلام خلافه وعبارته ولو طلق زوجته ثلاثاً أو ظاهر منها أو لاعنها ثم ملكها بأن كانت أمة لم يطأها حتى تحلل في الأولى وتكفر في الثانية، وأما الثالثة فلا يطؤها أصلاً لأنها حرمت عليه أبداً اهـ وصوّر في الوسيط الطلاق الواقع عقب الظهار بأن يقول أنت عليّ كظهر أمي أنت طالق شرح م ر وقال م د فالعود أن يسكت عن طلاقها بقدر نطقه بأنت طالق ولو جاهلاً وناسياً وهل المراد بإمكان فراقها منه باعتبار نطقه ويختلف باختلاف حاله بسرعة النطق وبطئه أي كان عنده ثقل في الكلام أو المراد بالإمكان اعتبار غالب الناس الظاهر الأوّل بدليل أنه لو حصل له عارض منعه من النطق كإكراه لم يكن عائداً.

. . . .

تنبيه ـ هذا في الظهار المؤبد أو المطلق[١]، وفي غير الرجعية، لأنه في الظهار المؤقت إنما يصير عائداً بالوطء[٢] في المدة كما سيأتي لا بالإمساك والعود في الرجعية إنما هو بالرجعة، واستثنى من كلامه ما إذا كرر لفظ الظهار وقصد به التأكيد، فإنه ليس بعود على الأصح مع تمكنه بالإتيان بلفظ الطلاق بدل التأكيد، وما تقدم[٣] من حصول العود بما ذكر محله إذا لم يتصل بالظهار فرقة بسبب من أسبابها فلو اتصلت بالظهار فرقة بموت منهما أو من أحدهما، أو فسخ نكاح بسببه أو بسببها أو بانفساخ كردة قبل الدخول أو فرقة بسبب طلاق بائن أو رجعي ولم يراجع أو جن الزوج عقب ظهاره، فلا عود ولو راجع من طلقها عقب ظهاره أو ارتد بعد دخول متصلاً ثم أسلم بعد ردته في العدة صار عائداً بالرجعة، وإن لم يمسكها عقب الرجعة بل طلقها، لا بالإسلام، بل هو عائد بعده إن مضى بعد الإسلام زمن يسع فرقة والفرق أن مقصود الرجعة الاستباحة، ومقصود الإسلام الرجوع إلى الدين الحق، فلا يحصل به إمساك، وإنما يحصل بعده.

---

(١) احتراز عن المؤقت لما يأتي أن العود فيه بالوطء في المدة لا بإمساكها بعد الظهار زمن إمكان الفرقة.

(٢) لكن تجب المبادرة إلى النزع لحرمة الوطء قبل التكفير أو انقضاء المدة كما يأتي واستمرار الوطء وطء اهـ سم وقوله واستمرار الوطء وطء يفيد أن المراد بوجوب النزع عدم الاستمرار واستشكل هذا بما صرحوا به في الأيمان من أن استمرار الوطء لا يحنث به، كمن حلف لا يطأ وهو مجامع واستمر وقالوا استمرار الوطء لا يسمى وطأ وبما مرّ بقوله إن وطئتك وطأ مباحاً حيث لم يحرموا عليه الاستدامة وقالوا إنها لا تسمى وطئاً وقد يقال بسقوط هذا الإشكال من أصله. إذ من الواضح أن يفرق بين ما يسمى وطأ وما له حكم الوطء والاستدامة من الثاني بدليل تعبيرهم بأنها لا تسمى وطأ. وقوله استدامة الوطء وطء أي حكماً بدليل أنهم لم يقولوا يسمى وطأ ولما كان المذكور في لفظ الحالف أو المعلق لفظ الوطء حمل على ما يسماه فلا يشمل الاستدامة ولما لم يذكره المظاهر حمل على الأعم. وأيضاً يقال هنا إن المظاهر ممنوع من المباشرة بعد العود وبتغييب الحشفة حصل العود والاستدامة لا تنقص عن المباشرة إن لم تكن أغلظ منها فتأمل.

(٣) ظاهره أنه تقييد للمتن فيقتضي أنه غيره مع أنه عينه لأن قوله إذا لم يتصل بالظهار فرقة هو عين قول المتن ولم يتبعه بالطلاق. ويجاب بأن هذا أعم من كلام المتن لأن الفرقة أعم من الطلاق وكان الأولى من ذلك أن يقول عقب المتن ومثل فرقة الطلاق غيرها.

وَلَزِمَتْهُ الكَفَّارَةُ، وَالكَفَّارَةُ: عِتْقُ رَقَبَةٍ

(و) إذا صار عائداً (لزمته الكفارة) لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة: ٣] الآية، وهل وجبت الكفارة بالظهار والعود، أو بالظهار والعود شرط، أو بالعود فقط لأنه الجزء الأخير أوجه ذكرها في أصل الروضة بلا ترجيح، والأول هو ظاهر الآية الموافق لترجيحهم أن كفارة اليمين تجب باليمين والحنث جميعاً، ولا تسقط الكفارة بعد العود بفرقة لمن ظاهر منها بطلاق أو غيره، لاستقرارها بالإمساك ولو قال لزوجاته الأربع أنتي عليَّ كظهر أمي فمظاهر منهن، فإن أمسكهن زمناً يسع طلاقهن فعائد منهن فيلزمه أربع كفارات فإن ظاهر منهن بأربع كلمات صار عائداً من كل واحدة من الثلاث الأول ولزمه ثلاث كفارات، وأما الرابعة، فإن فارقها عقب ظهارها فلا كفارة عليه فيها، وإلا فعليه كفارة.

(والكفارة) مأخوذة من الكفر، وهو الستر، لسترها للذنب تخفيفاً من الله تعالى وسمي الزارع كافراً لأنه يستر البذر، وتنقسم الكفارة إلى نوعين مخيرة في أولها ومرتبة في آخرها[١]، وهي كفارة اليمين ومرتبة في كلها، وهي كفارة القتل[٢] والجماع في نهار رمضان والظهار، والكلام الآن في كفارة الظهار وخصالها[٣] ثلاثة الأول (عتق رقبة) للآية الكريمة.

---

(١) بمعنى أنه لا ينتقل للصوم إلا إذا عجز عن الخصال الثلاث زيادي. قال العلامة الشوبري ومما ينسب للكمال بن أبي شريف رحمه الله تعالى:

ظهاراً وقتلاً رتبوا وتمتعاً ... وصوماً كما التخيير في الصيد والأذى
وفي حالف بالله رتب وخيرن ... فذلك سبع إن حفظت فحبذا

فقوله في النظم وصوماً المراد به كفارة الجماع في نهار رمضان، وقوله رتب وخيرن لو قال خير فرتبن لكان أولى لأنها مخيرة ابتداء مرتبة انتهاء فتأمل.

(٢) قدمه عليه لكثرة وقوعه ولأن في دليله تقييد الرقبة بالمؤمنة وكفارة الظهار مقيسة عليه في التقييد والمقيس عليه مقدم على المقيس.

(٣) هذا كله في الحر الرشيد ومنه الذمي فيكفر بالإعتاق والإطعام لصحتهما منه وأما الصوم فلا يصح منه لأنه ليس من أهل النية ولا يتأتى إطعامه مع قدرته على الصوم لأنه يمكنه أن يسلم ويصوم. فإما أن يترك الوطء وإما أن يسلم ويصوم ثم يطأ، أما الرقيق فلا يكفر إلا بالصوم لإعساره وليس للسيد منعه منه إذا أضعفه عن الخدمة لتضرره بدوام التحريم، والمبعض كالحر إلا في الإعتاق لأنه ليس من أهل الولاء وأما السفيه فبحث الإسنوي أنه إنما يكفر بالصوم أخذاً من قولهم إنه كالمعسر =

مُؤْمِنَةٍ

وللرقبة المجزئة في الكفارة أربعة شروط، ذكر المصنف منها شرطين الشرط الأول ما ذكره بقوله: (مؤمنة)(١) ولو بإسلام أحد الأبـوين أو تبعاً للسابي أو الدار(٢) قال تعالى في كفارة القتل: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] وألحق بها غيرها

حتى لو حنث في يمينه كفر بالصوم لكن رده البلقيني وقال المعتمد أنه يكفر هنا بالمال كما في القتل لكن المخرج له هو وليه والناوي هو السفيه. وفرق بين هذا والأيمان بفروق منها تكرار الأيمان عادة فلم يلزم من جعله فيها كالمعسر جعله في الظهار كالمعسر لأنه محرم والمكلف يمتنع منه عادة سم مع تصرف. وقوله ومنه الذمي فيكفر بالإعتاق الخ ويمكن ملكه رقبة مؤمنة كأن يسلم عبده أو عبد مورثه فيملكه أو يقول لمسلم أعتق عبدك عن كفارتي فيجيبه وهذه إحدى الصور التي يدخل فيها المسلم في ملك الكافر. وقد جمعها بعضهم فقال:

ومسلـم يـدخـل ملـك كـافـر	فـي الإرث والـرد بعيـب ظـاهـر
إقـالـة وفلـس ومـا وهـب	أصـل ومـا استعقـب عتقـاً بسبـب

وقوله وما استعقب الخ يدخل فيه ثلاث صور ملك الأصل والفرع ومن أقر بحريته والبيع بشرط الإعتاق.

(١) أي فلا تجزىء الكافرة وينبغي أخذاً مما ذكر في المريض إذا شفي من الإجزاء أنه لو أعتق كافراً فتبين إسلامه الإجزاء. ومثله أيضاً ما لو أعتق عبد مورثه ظاناً حياته فبان ميتاً كما في ع ش على م ر والمراد بقوله مؤمنة أي قبل العتق فلو قارن العتق الإسلام لم يجز وإطلاق الرقبة على الرقيق مجاز مرسل من إطلاق الجزء وإرادة الكل والرقبة شامل للذكر والأنثى اتفاقاً والخنثى على المعتمد ومقابله عدم إجزاء الخنثى لأن الخنوثة عيب في المبيع.

(١) صورته: أن يجد لقيطاً في بلد فيها مسلمون فيحكم عليه بالحرية ثم إذا ادعى شخص أنه رقيق وأقام بينة على رقه من غير تعرّض لأبويه بإسلام أو كفر فإنه يصح أن يعتقه عن كفارته لأنه مسلم تبعاً للدار وإذا اشتراه أحد يصح أن يعتقه عن كفارته فإن وصف الكفر بعد بلوغه تبين أنه كافر أصليّ فلا يجزىء إذ ذاك أفاده شيخنا. واعلم أن الشروط المعتبرة في الرقبة ستة: الإيمان وعدم العيب وعدم العوض وكمال الرقّ في الإعتاق عن الكفارة وعدم استحقاق العتق والحرية في المعتق. وقد جمعها بعضهم نظماً من الرجز فقال:

لصحـة الإعتـاق عـن كفـاره	ست شـروط بـأوجـز العبـاره
حـريـة المعتـق إيمـان العتيـق	وفقـده للعيـب كـي كسبـاً يطيـق
كمـال رقّ عـدم استحقـاق	للعتـق فـافهمـه بـلا شقـاق
وعـدم العـوض تمـام الستـه	لا شـرط منهـا نـاقـص البتـه

سَلِيمَةٍ مِنَ الْعُيُوبِ الْمُضِرَّةِ بِالْعَمَلِ وَالْكَسْبِ

قياساً عليها[١] أو حملاً لإطلاق آية الظهار على المقيد في آية القتل كحمل المطلق في قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] على المقيد في قوله تعالى: ﴿وأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢].

الشرط الثاني ـ ما ذكره بقوله: (سليمة من العيوب المضرة بالعمل) إضراراً بيناً لأن المقصود تكميل حاله ليتفرغ لوظائف الأحرار وإنما يحصل ذلك إذا استقل بكفاية نفسه وإلا فيصر كَلًّا على نفسه وعلى غيره.

تنبيه ـ قال الأصحاب: هل ملاحظة الشافعي في العيب هنا ما يضر بالعمل، نظير ملاحظته في عيب الأضحية ما ينقص اللحم لأنه المقصود وفي عيب النكاح ما يخل بمقصود، الجماع، وفي عيب المبيع ما يخل بالمالية فاعتبر في كل موضع ما يليق به، فيجزىء صغير ولو ابن يوم حكم بإسلامه لإطلاق الآية الكريمة ولأنه يرجى كبره كالمريض يرجى برؤه وأقرع ـ وهو من لا نبات برأسه ـ وأعرج[٢] يمكنه تتابع المشي بأن يكون عرجه غير شديد، وأعور لم يضعف عوره بصر عينه السليمة، وأصم وهو فاقد السمع وأخرس إذا فهمت إشارته ويفهم بالإشارة وفاقد أنفه وفاقد أذنيه وفاقد أصابع رجليه، ولا يجزىء زمن ولا فاقد رجل أو خنصر وبنصر من يد أو فاقد أنملتين

---

(١) أي بجامع حرمة سببيهما. واستشكل ذلك بأن التقييد بالإيمان وارد في كفارة قتل الخطأ وهو لا يوصف بتحريم فكيف يقال بجامع الخ. ويجاب عن ذلك بأن مرادنا حرمة القتل من حيث هو من غير نظر إلى كونه قتل خطأ أولا. وكذا قرره زي عن ابن قاسم ثم راجعت شرح الشيخ المذكور على الورقات فرأيته أشار إلى ذلك وجوابه بقوله والمقيد بالصفة يحمل عليه المطلق كالرقبة قيدت بالإيمان في بعض المواضع كما في آية كفارة القتل وأطلقت عن التقييد به في بعض المواضع كما في آية كفارة الظهار فإنه تعالى قال فيها ﴿فتحرير رقبة﴾ والسبب في الموضعين مختلف فإنه في الأوّل القتل وفي الثاني الظهار والحكم فيهما واحد وهو وجوب التحرير أي الإعتاق والجامع حرمة سببيهما أي في ذاته فلا ينافي أن آية القتل واردة في الخطأ ولا حرمة فيه على المخطىء شوبري وقال ابن حجر بجامع عدم الإذن في السبب.

(٢) عبارة متن المنهج وأقرع أعرج بإسقاط حرف العطف ليعلم أنه إذا كان فيه أحدهما يجزى بالأولى.

. . . .

من غيرهما ولا فاقد أنملة الإبهام لتعطل منفعة اليد، ولا يجزىء هرم عاجز ولا مريض لا يرجى برؤه فإن برىء بان الإجزاء على الأصح.

والشرط الثالث: كمال الرق في الإعتاق عن الكفارة فلا يجزىء شراء قريب يعتق عليه بمجرد الشراء بأن كان أصلاً أو فرعاً بنية عتقه عن كفارته لأن عتقه مستحق بجهة القرابة، فلا ينصرف عنها إلى الكفارة ولا عتق أم ولد لاستحقاقها العتق ولا عتق ذي كتابة صحيحة لأن عتقه يقع بسبب الكتابة ويجزىء مدبر ومعلق عتقه بصفة.

الشرط الرابع: خلو الرقبة عن شوب العوض(١) فلو أعتق عبده عن كفارته بعوض يأخذه من الرقيق كأعتقتك عن كفارتي على أن ترد ألفاً عليَّ أو على أجنبي كأعتقت عبدي هذا عن كفارتي بألف لي عليك فقبل لم يجز ذلك الإعتاق عن كفارته(٢)، وضابط من يلزمه العتق كل من ملك رقيقاً أو ثمنه من نقد أو عرض فاضلاً عن كفاية نفسه وعياله الذين تلزمه مؤنتهم شرعاً نفقة وكسوة وسكنى وأثاثاً وإخداماً لا بد منه لزمه العتق، قال الرافعي: وسكتوا عن تقدير مدة النفقة وبقية المؤن فيجوز أن يقدَّر ذلك بالعمر الغالب وأن يقدَّر بسنة، وصوَّب في الروضة منهما الثاني وقضية(٣) ذلك

---

(١) الأولى حذف شوب لعدم ظهور معنى له والمعنى يستقيم بدونه.

(٢) أي ويعتق بالعوض.

فرع: لو قال أعتق عبدك عني عن كفارتي ولم يذكر عوضاً عتق ولزم الطالب القيمة وعتق عن الكفارة فإن لم يقل عن كفارتي عتق ولا يلزمه قيمة اهـ ولو قال أطعم عن كفارتي ستين مسكيناً كل مسكين مدّ من جنس كذا صح وكذا الكسوة إن نوى عند الإخراج الكفارة فيهما فله بدل ما أخرجه ما لم يقصد التبرع.

(٣) أي التصويب وعبارة شرح المنهج وقضية ذلك أنه لا نقل فيها مع أن منقول الجمهور الأولى. وجزم البغوي في فتاويه بالثاني على قياس ما صنع في الزكاة، أما من لا يملك ذلك كمن ملك رقيقاً وهو محتاج إلى خدمته لمرض أو كبر أو ضخامة مانعة من خدمة نفسه أو منصب يأبى بأن يخدم نفسه فهو في حقه كالمعدوم اهـ والمعتمد منقول الجمهور لا ما جزم به البغوي جارياً على رأيه في الزكاة أي من أن الفقير يعطي فيها كفاية سنة وهو ضعيف وقوله أو ضخامة انظر ما المراد بالضخامة هل هي العظمة أو كبر الجثة. ويظهر أن المراد بها هنا الثاني وهو ما جزم به شيخنا أولاً ثم استقر الأمر على أن المراد بها هنا الأول واعتمده وهي التفاخر والتعاظم ولا يرد عليه قوله بعد =

فَإِنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ،

أنه لا نقل فيها مع أن منقول الجمهور الأول، وهو المعتمد ولا يجب على المكفر بيع ضيعته، وهي بفتح الضاد ـ العقار، ولا بيع رأس مال تجارته بحيث لا يفضل دخلهما من غلة الضيعة وربح مال التجارة عن كفايته لمؤونة لتحصيل رقيق يعتقه ولا بيع مسكن ورقيق نفيسين ألفهما[1] لعسر مفارقة المألوف ولا يجب شراء بغبن[2]، وأظهر الأقوال اعتبار اليسار الذي يلزم به الإعتاق بوقت الأداء لا بوقت الوجوب ولا بأي وقت كان.

ثم شرع في الخصلة الثانية من خصال الكفارة فقال: (فَإِنْ لَّمْ يَجِدْ) رقبة يعتقها بأن عجز عنها حساً أو شرعاً (فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ) للآية الكريمة فلو تكلف الإعتاق بالاستقراض أو غيره أجزأه لأنه ترقى إلى الرتبة العليا ويعتبر الشهران بالهلال ولو نقصا يكون صومهما بنية الكفارة لكل يوم منهما كما هو معلوم في صوم الفرض ويجب تبييت النية كما في صوم رمضان ولا يشترط نية التتابع اكتفاء بالتتابع الفعلي، فإن بدأ

= ذلك أو منصب لأن تلك ضخامة بالولاية وهذه ليست سببها ولاية ولا منصب كما أفاده خضر. وقوله مانعة في خدمة نفسه أي بحيث تحصل له مشقة لا تحتمل عادة كعظم جسمه أو لوجود رتبة له وعليه يكون عطف منصب من عطف الخاص على العام وعلى الأوّل من عطف المغاير وقوله أو منصب ظاهره أنه لا فرق بين الديني والدنيوي ويبعد فيمن اعتاد ممن ذكر خدمة نفسه وصار ذلك خلقاً له اعتبار أن يفضل عن خادم يخدمه.

(١) معنى ألفهما أن يكونا بحيث يشق عليه مفارقتهما مشقة لا تحتمل عادة فلو اتسع المسكن المألوف بحيث يكفيه بعضه وباقيه يحصل رقبة لزمه تحصيلها. ويفارق ما هنا ما مرَّ في الحج من لزوم بيع المألوف بأن الحج لا بدل له وللإعتاق بدل وما مرَّ في الفلس منعدم تبقية خادم ومسكن له بأن للكفارة بدلاً كما مر وبأن حقوقه تعالى مبنية على المسامحة بحذف حق الآدمي ومن له أجرة تزيد على قدر كفايته لا يلزمه التأخير لجمع الزيادة لتحصيل العتق فله الصوم وإن أمكنه جمع الزيادة في نحو ثلاثة أيام فإن اجتمعت قبل الصوم وجب العتق اعتباراً بوقت الأداء.

(٢) كأن وجد رقيقاً لا يبيعه مالكه إلا بأكثر من ثمن مثله ولا يعدل إلى الصوم بل عليه الصبر إلى أن يجده بثمن المثل اهـ شرح المنهج وقوله إلا بأكثر من ثمن مثله أي غير اللائق به وإلا فبديعة الجمال ثمنها كثير لكنه لائق بها فيجب شراؤها ولا يجب قبول هبة الرقيق أو ثمنه ولا قبول إعتاقه عنه.

. . . .

بالصوم في أثناء شهر حسب الشهر بعده بالهلال وأَتمَّ الأول من الثالث ثلاثين يوماً، ويفوت التتابع بفوت يوم بلا[1] عذر[2] ولو كان اليوم الأخير أما إذا فات بعذر فإن كان كجنون[3] لم يضر لأنـه ينافي الصوم، أو كمرض مسوغ للفطر ضَرَّ لأن المرض لا ينافي الصوم.

---

(١) أي بالهلال وإن نقصا وأن المعتبر شرعاً كما في البرماوي. فلو صامهما ثم تبين بعد صومهما أن له مالاً ورثه ولم يكن عالماً به لم يعتدَّ بصومه على الأوجه اعتباراً بما في نفس الأمر. فيقع صومه نفلاً مطلقاً.

تنبيه: قال الشيخ خضر سئل شيخنا الزيادي عن حكمة وجوب شهرين متتابعين في كفارة القتل والظهار ووقاع نهار مضان عمداً إذا عجز عن العتق وعن حكمة عدم وجوب شهرين متتابعين إذا عجز عن الرقبة في كفارة الحلف بالله تعالى. فأجاب بأن القتل من حيث هو لما كان من الكبائر، وكذلك الظهار والوقاع في نهار رمضان من الكبائر أيضاً غلظ عليه بصوم شهرين متتابعين ولا كذلك الحلف بالله تعالى فإنه من الجملة ليس من الكبائر، وأيضاً لما كان الحلف بالله تعالى أكثر وقوعاً من القتل ونحوه خفف فيه ما لم يخفف في غيره.

(٢) يحرم قطعه بلا عذر لأن الشهرين كيوم واحد ويحرم الوطء فيهما ولو ليلاً لأنه لا يجوز له الوطء في الظهار إلا بعد تمام الكفارة لكنه فيه لا يقطع التتابع خلافاً للإمام مالك وأبي حنيفة رضي الله عنهما.

(٨) أي من نحو حيض ونفاس وإغماء مستغرق. فإن قيل الكلام في كفارة الظهار وهي خاصة بالرجل ولا يتصوَّر فيه حيض. أجاب عن م ر بقوله لا بفواته نحو حيض أي في كفارة القتل إذ كلامه يفيد أن غير كفارة الظهار مثلها فيماذكر، ويتصوَّر أيضاً في كفارة الظهار بأن تصوم امرأة عن مظاهر ميت قريب لها أو بإذن قريبه أو بوصيته اهـ بالحرف. واعترض ع ش هذا التصوير بأنها حينئذ لا يجب عليها التتابع لأنه إنما وجب في حق الميت لمعنى لا يوجد في حق النائب عنه في الصوم أي وهو التغليظ اهـ وعبارة البرماوي قوله بنحو حيض أي في كفارة المرأة عن القتل لأنه الذي يتصور منها بخلاف كفارة الظهار وجماع رمضان فإنه لا كفارة عليها فيهما. وأما كفارة اليمين فالواجب فيها عند العجز عن الخصال الثلاث ثلاثة أيام ولا يشترط فيها الولاء. وقال العزيزي قوله بنحو حيض محله إذا لم تخل مدة الصوم عن الحيض فإن كانت تخلو كأن كانت عادتها أن تطهر شهرين وتحيض في الثالث فيجب عليها أن تتحرى شهري الطهور وتصوم فيهما فإن لم تتحرَّ ذلك وطرأ الحيض قبل تمام المدة فإنه يقطع الولاء اهـ ال ع ش على م ر ولو أمرهم الإمام بالصوم للاستسقاء فصادف ذلك صوماً عن كفارة متتابعة فينبغي أن يصوم عن الكفارة ويحصل به المقصود من شغل الأيام بالصوم المأمور به وإن قلنا يجب الصوم بأمر الإمام.

فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً،

ثـم شرع في الخصلة الثالثة من خصال الكفارة فقال: (فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ) أي الصوم المتتابع لهرم أو مرض يدوم شهرين ظناً مستفاداً من العادة في مثله أو من قول الأطباء، أو لمشقة شديدة ولو كانت المشقة لشبق وهو شدة الغلمة أي شهوة الوطء أو خوف زيادة مرض (فَإِطْعَامُ سِتِّينَ[1] مِسْكِيناً) للآية الكريمة السابقة، أو فقيراً لأنه أشد حالاً منه، ويكفي كون البعض مساكين والبعض فقراء.

تنبيه ـ قوله «فإطعام» تبع فيه لفظ القرآن الكريم والمراد[2] تمليكهم كقول جابر

---

(١) أي من أهل الزكاة بأن يكونوا أحراراً مسلمين من الآدميين فلا يجزي دفعها لجني أخذاً من قوله في الحديث «فتردّ على فقرائهم» إذ الظاهر منه فقراء بني آدم وإن احتمل فقراء المسلمين الصادق بالجن، وقد يؤيد عدم الإجزاء أنه جعل لمؤمنيهم طعام خاص وهو العظم ولم يجعل لهم شيء مما يتناوله الآدميون على أنا لا نميز بين فقرائهم حتى نعلم المستحق من غيره ولا نظر لإمكان معرفة ذلك لبعض الخواص. لأنا لا نعوّل على الأمور النادرة. وآثر التعبير بالمسكين مع أن المراد منه ما يعم الفقير كعكسه تأسياً بالكتاب العزيز ولأن شموله للفقير أظهر من شمول الفقير له وخرج بأهل الزكاة غيرهم فلا يجزىء دفعها لكافر عندنا معاشر الشافعية خلافاً للحنفية إذا الإسلام عندهم ليس بشرط في أخذ غير الزكاة فإنه يجوز عندهم أن تدفع إلى الذمي سواء كان واجباً أو تطوعاً كصدقة الفطر والكفارة والنذر وكذا لا يجزىء دفعها لهاشمي ومطلبي ومواليهم ولا لمن تلزمه مؤنته ولا لرقيق لأنها حق الله تعالى فاعتبر فيها صفـات الزكاة. وأما خبر «فأطعمه أهلك» فمؤوّل أي بأن الكفارة إنما تجب على من قدر عليها وهذا الرجل لم يقدر عليها فلما أعطاه النبي ﷺ ذلك وملكه إياه قال ما أحد أفقر إليه منا فقال له النبي ﷺ خذه الخ لأن الكفارة إنما تكون عن الفاضل عن القوت ومن كان على هذه الحالة يجوز له أكل ذلك وتبقى الكفارة ديناً عليه. ولا يكفي أقل من ستين وإن دفع لهم أكثر من الستين مداً ولا يشترط الإعطاء في وقت واحد ولو دفع الأمداد للإمام فتلفت قبل دفعها للمساكين لم يجزه إذ لا يد للإمام على الكفارات. ولو دفع المكفر لواحد منهم مدًا ثم اشتراه ودفعه لآخر وهكذا إلى تمام الستين كفى وإن كان مكروهاً وذكر بعضهم حكمة لكونهم ستين مسكيناً وهي ما قيل إن الله تعالى خلق آدم من ستين نوعاً من أنواع الأرض المختلفة كالأحمر والأصفر والأسود والسهل والوعر والحلو والعذب وغير ذلك واختلفت أنواع أولاده كذلك فكأنَّ المكفر عم جميع الأنواع بصدقته ولا يبعد أن تكون حكمة كون الصوم ستين يوماً كذلك.

(٢) أي بالدفع إليهم وإن لم يوجد لفظ تمليك أي ولو كان ذلك على جهة الشيوع بينهم لكن إنما يجزيه إذا علم أنه وصل لكل واحد منهم مدّ حتى لو ملكهم الجملة بالسوية وأقبضهم ثم =

لِكُلِّ مِسْكِينٍ مُدٌّ،

رضي الله عنه أَطْعَمَ النَّبِيُّ ﷺ الجَدَّةَ السُّدُسَ أيْ مَلَّكَهَا، فلا يكفي[1] التغذية ولا التعشية وهل يشترط اللفظ أو يكفي الدفع عبارة «الروضة» تقتضي اللفظ لأنه عبر بالتمليك قال الأذرعي: وهو بعبد، أي فلا يشترط لفظ وهذا هو الظاهر كدفع الزكاة.

ولا يكفي تمليكه كافراً ولا هاشمياً ولا مطلبياً ولا من تلزمه نفقته كزوجته وقريبه ولا إلى مكفي بنفقة قريب أو زوج، ولا إلى عبد ولو مكاتباً لأنها حق الله تعالى فاعتبر فيها صفات الزكاة.

ويصرف للستين المذكورين ستين مداً(لكل مسكين[2] مد) كأن يضعها بين أيديهم

= اقتسموها بالتفاوت بحيث لم يحصل لبعضهم مدّ لم يجزه إلا من علم أنه حصل له مدّ فيكمل لغيرهم خلافاً لما في شرح الروض وأشار الشارح بقوله تبع فيه لفظ القرآن للجواب عما يقال إنه كان الأولى للمصنف التعبير بالتمليك بأن يقول فإن لم يستطع ملك ستين مسكيناً الخ وعبارة المنهج فإن عجز ملك في ظهار وجماع ستين مسكيناً أهل زكاة مداً مداً قال في شرحه وتعبيري بملك أولى من قوله كفر بإطعام لإخراج ما لو غداهم أو عشاهم بذلك فإنه لا يكفي اهـ وعبارة ق ل على الجلال وله أن يجمع الأمداد والمساكين ويملكها لهم ولو بوضعها بين أيديهم ولهم بعد ملكها قسمتها ولو متفاضلاً كما قاله شيخنا. وفيه بحث لأنه إن كان من أخذ زيادة عن المد شريكاً بقدر ما أخذه لزم نقص غيره عنه فلا يجزىء أو شريكاً بقدر المد فليس له أخذ الزائد لأنه ليس حقه ولهذا قال الخطيب إلا أن يقال إنه من حيث مسامحة غيره له بشيء من حصته فتأمله. ومنه يعلم جواز ترك بعضهم حصته لغيره منهم أو من غيرهم وأنه لو قال لهم خذوه ولم يقبضوه لم تجز قسمته متفاضلاً لعدم ملكهم له قبل القبض وصح قبضهم بلا تقدير لأنه ليس في معاملة وإنما لم يجز دفع ثوب واحد لعشرة مساكين في كفارة اليمين لأنه لا يسمى ثياباً ولا لكل واحد ثوب.

(١) بالدال المهملة بدليل ما بعده وهي ما يؤكل قبل الزوال والتعشية ما يؤكل بعده وأما التغذية بالذال المعجمة فإنها تعمّ الاثنين.

(٢) أي نصيب كل مسكين الخ وفي نسخة مداً بالنصب وهي ظاهرة أي يعطي مداً وقرر شيخنا ح ف أن قوله كل مسكين إما بالجر بدل من ستين أو منصوب بفعل محذوف أو بدل من ستين على المحل أو مرفوع نائب فاعل لمحذوف أي يطعم دل عليه إطعام المتقدم ومداً على الثلاثة منصوب مفعول ثان وفي نسخة برفع مد فيكون كل مسكين مرفوعاً أي كل مسكين له مد.

وَلاَ يَحِلُّ لِلْمُظَاهِرِ وَطْؤُهَا حَتَّى يُكَفِّرَ.

ويملكها لهم بالسوية أو يطلق فإذا قبلوا ذلك أجزأ على الصحيح[١] فلو فاوت بينهم بتمليك واحد مُدَّين وآخر مداً أو نصف مد لم يجز ولو قال: خذوه[٢] ونوى فأخذوه بالسوية أجزأ فإن تفاوتوا لم يجزه إلا مد واحد، ما لم يتبين معه من أخذ مداً آخر وهكذا وجنس الأمداد من جنس الحب الذي يكون فطرة، فيخرج من غالب قوت بلد المكفر فلا يجزىء نحو الدقيق والسويق والخبز اللبن[٣] ويجزىء الأقط.

[القَولُ فِي وُجُوبِ التَّكْفِيرِ قَبْلَ الوَطْءِ]

(ولا يحل للمظاهر) ظهاراً مطلقاً[٤] (وطؤها) أي زوجته التي ظاهر منها (حتى يكفر) لقوله تعالى في العتق: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٣] ويقدر من قبل أن يتماسا في الإطعام حملاً للمطلق على المقيد[٥] لاتحاد الواقعة، وخرج بالوطء غيره كاللمس ونحوه كالقبلة بشهوة فإنه جائز في غير ما بين السرة والركبة، وأما ما بينهما فيحرم كما رجحه الرافعي في الشرح الصغير، ويصح الظهار المؤقت كما مر ويقع مؤقتاً، وعليه إنما يحصل العود فيه بالوطء في المدة، لأن الحل[٦] منتظر بعد

---

(١) يرجع لصورتي الوضع بين أيديهم وإنما آثر التمثيل المذكور لما فيه من الخلاف فذكر المختلف فيه وترك المتفق عليه وهو تمليك كل واحد مداً على انفراده.

(٢) الفرق بين هذه ومسألة الإطلاق أنه نـاوٍ التسوية وهناك لا نية له وأيضاً هنا لم يوجد قبول وإنما وجد فعل قائم مقام القبول بخلاف الأولى فإنه يوجد فيها قبول بالفعل لفظاً وعبارة م ر بخلاف ما لو قال خذوه ونوى الكفارة فإنه إنما يجزيه إن أخذوه بالسوية وإلا لم يجز إلا من أخذ مداً لا دونه وهي أوضح من عبارة الشارح وأولى منها.

(٣) مرجوح والمعتمد إجزاؤه كما في الفطرة وصرح به شيخ الإسلام في المنهج.

(٤) إنما قيد به لقول المتن حتى يكفر لأن الظهار المؤقت يجوز له الوطء فيه إما بعد التكفير أو بعد انقضاء المدة ولو قبل التكفير وتبقى الكفارة في ذمته إن كان وطىء في المدة فإن لم يطأ حتى انقضت فلا كفارة عليه كما هو قضية كلام المنهج.

(٥) معنى حمل المطلق على المقيد الحكم بأن المراد من المطلق ذلك المقيد.

(٦) تعليل لمحذوف أي فلا يحصل بالإمساك عود ولا تلزمه الكفارة لأن الخ (قوله فالإمساك) أن إمساك الزوجة المظاهر منها أي عدم طلاقها عقب الظهار يحتمل أن يكون لانتظار الحل أي بعد انقضاء المدة فيحل الظهار ولا كفارة وقوله أي الوطء في المدة أي وتلزمه الكفارة أي فيحل =

. . . .

المدة فالإمساك يحتمل أن يكون لانتظار الحل أو الوطء في المدة، والأصل[١] براءته من الكفارة وكالتكفير مضي الوقت لانتهائه بها.

تتمة ـ إذا عجز من لزمته الكفارة عن جميع الخصال بقيت في ذمته[٢] إلى أن يقدر على شيء منها فلا يطأ المظاهر حتى يكفر، ولا يجزىء كفارة ملفقة من خصلتين كأن يعتق نصف رقيق ويصوم شهراً أو يصوم شهراً ويطعم ثلاثين فإن وجد بعض الرقبة صام لأنه عادم لها بخلاف ما إذا وجد بعض الطعام فإنه يخرجه ولو بعض مد لأنه لا بدل له والميسور لا يسقط بالمعسور ويبقى الباقي في ذمته في أحد وجهين يظهر ترجيحه لأن الفرض أن العجز عن جميع الخصال لا يسقط الكفارة ولا نظر إلى توهم كونه فعل شيئاً وإذا اجتمع عليه كفارتان ولم يقدر إلا على رقبة أعتقها عن إحداهما وصام عن الأخرى إن قدر وإلا أطعم.

= الظهار بأحد أمرين مضيّ المدة أو الوطء فيها لكن إن وطىء بعد انقضاء المدة لم يلزمه شيء كما هو ظاهر.

(١) قضية هذه العبارة أنه لو أمسكها لـلوطء خاصة يجب عليه الكفارة وليس كذلك ما لم يطأ بالفعل ولذا وجد في كثير من النسخ الضرب على قوله لأن الحل إلى قوله تتمة.

(٢) أي لأن حقوق الله المالية إذا عجز عنها وقت وجوبها فإن كانت لا بسبب من العبد كزكاة الفطر لم تستقرّ في ذمته وإن كانت بسبب منه استقرت في ذمته سواء كانت على وجه البدل كجزاء الصيد وفدية الحلق أولاً ككفارة الظهار والقتل ومعنى كونها تستقر في ذمته أنها تستقر مرتبة كما كانت إلى أن يقدر على خصلة فإن قدر على أكثر رتب والثابت في ذمته الكفارة مرتبة على المعتمد خلافاً لما في التنبيه من أن الثابت في ذمته الخصلة الأخيرة ولما قاله القاضي أبو الطيب من أنه إحدى الخصال الثلاث وأنها مخيرة ولو ترك الجميع مع القدرة عوقب على أدناها أو فعل الجميع أثيب على أعلاها فرضاً والباقي يقع له نفلاً إن لم يعتقد أن جميعها واجب عليه مع علمه وإلا فلا تجزئه؛ لأنه استدراك على الشارع بل لا يبعد تكفيره بذلك وهذا كله من كفارة اليمين. وقال الشيخ خالد في شرح الأزهرية لايجوز الجمع بين الجميع على اعتقاد أن الجميع هو الواجب في الكفارة ويباح إذا لم يعتقد ذلك. قلت وهل مثل ذلك من يجمع بين الوضوء والتيمم. قلت وفيه نظر لما مرّ أنه إذا اعتقد أن جميع أفعال الوضوء أو الصلاة فرض لا يضره إلا إن قيد بالجاهل وإلا فيستوي ما هنا بذاك والأقرب أنه كالمعادة فإن نوى بها الفرض عليه لا تنعقد فكذا هنا.

فَصْــلٌ

فِي اللِّعَانِ.

وَإِذَا رَمَى الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ

فَصْلٌ فِي اللِّعَانِ(١)

وهو لغة: المباعدة ومنه «لعنه الله» أبعده وطرده، وسمي بذلك لبعد الزوجين عن الرحمة، أو لبعد كل منهما عن الآخر فلا يجتمعان أبداً، وشرعاً كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه وألحق العار به، وسميت هذه الكلمات لعاناً لقول الرجل: «عَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ إِنْ كَانَ مِنَ الكاذبين» وإطلاقه في جانب المرأة من مجاز التغليب واختير لفظه دون لفظ الغضب وإن كانا موجودين في اللعان لكون اللعنة مقدمة في الآية، ولأن لعانه قد ينفك عن لعانها ولا ينعكس.

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿والَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور: ٦] ـ الآيات. وسبب نزولها ذكرته في شرح البهجة وغيره.

وهو يمين مؤكدة بلفظ الشهادة، كما في الروضة عن الأصحاب فلا يصح لعان صبي ومجنون، ولا يقتضي قذفهما لعان بعد كمالهما ولا عقوبة كما في الروضة، ولم يقع بالمدينة الشريفة لعان بعد اللعان الذي وقع بين يدي النبيّ ﷺ، إلا في أيام عمر بن عبدالعزيز رضي الله تعالى عنه (وإذا رمى) أي قذف (الرجل) المكلف (زوجته) المحصنة «بالزنا» صريحاً كزنيت ولو مع قوله في الجبل أو يا زانية، أو زنى فرجك، أو يا قحبة(٢)، كما أفتى به ابن عبدالسلام أو كناية: كزنأت في الحبل بالهمزة ـ لأن الزنا هو الصعود، بخلاف زنأت في البيت ـ بالهمز ـ فصريح، لأنه لا يستعمل بمعنى

---

(١) ذكره عقب الظهار لأن اللعان قد يكون حراماً في بعض الأحيان كما يأتي وكل من اللعان والظهار يصح من الرجعية.

(٢) كما أفتى به ابن عبد السلام وعند ابن عبد السلام أن قوله يا مخنث صريح أو يا لوطي أو يا علق أو يا عرص أو يا مستحسن أو يا قطيم أو يا كخن والمعتمد صراحة قحبة للمرأة وكناية للرجل وعاهر وسوس ومأبون وطنجير. والمعتمد أنّ يا علق كناية لأن العلق في اللغة الشيء النفيس واللفظ عند الإطلاق يحمل على معناه اللغوي ومن الكناية يا قوّاد وقيل صريح.

بِالزِّنَا فَعَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ، إِلاَّ أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ، أَوْ يُلاَعِنَ،

الصعود في البيت ونحوه، زاد في الروضة أن هذا كلام البغوي معتمد وأن غيره قال: إن لم يكن في البيت درج يصعد إليه فيها فهو صريح قطعاً، أو يا فاجرة أو يا فاسقة أو أنت تحبين الخلوة بالرجل، أو لم أجدك بكراً ونوى بذلك القذف (فعليه) لها (حد القذف) للإيذاء، وخرج بقيد المحصنة غيرها والمحصن الذي يُحدُّ قاذفه، مكلف ومثله السكران المتعدي بسكره حر مسلم[١] عفيف عن وطء يحد به، فلا يحد بقذف زوجته الصغيرة التي لا تحتمل الوطء ولا البكر قبل دخوله بها (إلا أن يقيم البينة) بزناها فيرتفع عنه الحد أو التعزير لأن النبيّ ﷺ قال لهلال بن أمية حين قذف زوجته بشريك بن سمحاء (البَيِّنَةَ أَوْ حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ) فقال: والذي بعثك بالحق نبياً إني لصادق، ولينزلن الله في أمري ما يبرىء ظهري من الحد فنزلت آية اللعان ـ الحديث. وهو بطوله في صحيح البخاري فدل على ارتفاع الحد بالبينة.

(أو يلاعن) لدفع الحد إن اختاره لحديث هلال، وله الامتناع، وعليه حد القذف كما في الروضة، ويشترط لصحة اللعان سبق قذفه زوجته تقديماً للسبب على المسبب كما هو مستفاد من صنيع المصنف وبه صرح الأصحاب، لأن اللعان[٢] إنما شرع لخلاص القاذف من الحد، قال في المهذب: لأن الزوج يبتلي بقذف امرأته لدفع العار والنسب الفاسد، وقد يتعذر عليه إقامة البينة، فجعل اللعان بينة له. فله قذفها إذا تحقق زناها بأن رآها تزني[٣] أو ظن زناها ظناً مؤكداً أورثه العلم كشياع زناها بزيد مصحوب بقرينة، كأن رآها ولو مرة واحدة في خلوة أو رآه يخرج من عندها أو هي تخرج من عنده أو رأى رجلاً معها مراراً في محل ريبة أو مرة تحت شعار في هيئة منكرة، أما مجرد الإشاعة فقط أو القرينة فقط فلا يجوز له اعتماد واحد منهما، أما

---

(١) إنما جعل الكافر محصناً في حد الزنا لأنه إهانة له ولا يرد قذف مرتد ومجنون وقنّ بزنا أضافه إلى حال إسلامه أو إفاقته أو حريته بأن أسلم ثم اختار الإمام رقه لأن سبب حده إضافته الزنا إلى حالة الكمال.

(٢) علة لقوله ويشترط لصحة اللعان الخ وقوله لأن الزوج الخ علة لشرع.

(٣) الباء ليست للحصر بل بمعنى الكاف لأن مثل الرؤية أخبار عدد التواتر لأنه يفيد العلم أيضاً.

فَيَقُولُ عِنْدَ الْحَاكِمِ فِي الْجَامِعِ عَلَى الْمِنْبَرِ

الإشاعة فقد يشيعه عدو لها أو من يطمع فيها فلم يظفر بشيء، وأما مجرد القرينة المذكورة فلأنه ربما دخل عليها لخوف أو سرقة أو طمع أو نحو ذلك، والأولى[1] له كما في زوائد الروضة أن يستر عليها ويطلقها إن كرهها لما فيه من ستر الفاحشة وإقالة العثرة[2]، هذا حيث لا ولد ينفيه فإن كان هناك ولد ينفيه بأن علم أنه ليس منه لزمه نفيه، لأن ترك النفي يتضمن استلحاقه واستلحاق من ليس منه حرام، كما يحرم نفي من هو منه وإنما يعلم إذا لم يطأها أو وطئها ولكن ولدته لدون ستة أشهر من وطئه التي هي أقل مدة الحمل أو لفوق أربع سنين من الوطء التي هي أكثر مدة الحمل، فلو علم زناها واحتمل كون الولد منه ومن الزنا وإن لم يستبرئها بعد وطئه حرم النفي رعاية للفراش وكذا القذف واللعان على الصحيح لأن اللعان حجة ضرورية إنما يصار إليها لدفع النسب أو قطع النكاح حيث لا ولد على الفراش الملطخ، وقد حصل الولد هنا فلم يبق له فائدة والفراق يمكن بالطلاق.

ثم شرع في كيفية اللعان بقوله (فيقول) أي الزوج (عند الحاكم) أو نائبه، إذ اللعان لا يعتبر إلا بحضوره، والمحكم حيث لا ولد كالحاكم أما إذا كان هناك ولد فلا يصح التحكيم إلا أن يكون مكلفاً ويرضى بحكمه لأن له حقاً في النسب، فلا يؤثر رضاهما في حقه والسيد في اللعان بين أمته وعبده إذا زوجها منه كالحاكم، لأن له أن يتولى لعان رقيقه.

ويُسَنُّ التغليظُ في اللعانِ بالمكانِ والزمانِ.

أما القسم الأول ـ وهو التغليظ بالمكان ـ فيكون في أشرف مواضع بلد اللعان لأن في ذلك تأثيراً في الزجر عن اليمين الفاجرة، فإن كان في غير المساجد الثلاثة فيكون (في الجامع على المنبر) كما صححه صاحب الكافي لأن الجامع هو المعظم في تلك البلدة والمنبر أولى، فإن كان في المسجد الحرام فبين الركن الذي فيه الحجر

---

(١) هذا راجع لحالة جواز القذف ولعدم جوازه قال الحلبي فيه تصريح بأن له إمساكها مع علمه بأنها تأتي الفاحشة.

(٢) أي العفو عنها وعدم إفشائها والعثرة الزلة.

. . . .

الأسود[١] وبين مقام إبراهيم عليه الصلاة والسلام ويسمى ما بينهما بالحطيم[٢]، فإن قيل: لا شيء في مكة أشرف من البيت، أجيب بأن عدولهم عنه صيانة له عن ذلك، وإن كان في مسجد المدينة فعلى المنبر كما في الأم والمختصر لقوله ﷺ: «مَنْ حَلَفَ عَلَى مِنْبَرِي هَذَا يَميناً آثِماً تَبَوَّأَ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ»، وإن كان في البيت المقدس فعند الصخرة لأنها أشرف بقاعه، لأنها قبلة الأنبياء عليهم الصلاة والسلام، وفي صحيح ابن حبان: «أَنَّهَا مِنَ الجَنَّةِ» وتلاعن امرأة حائض أو نفساء أو متحيرة مسلمة بباب المسجد لتحريم مكثها فيه. والباب أقرب إلى المواضع الشريفة ويلاعن الزوج في المسجد، فإذا فرغ خرج الحاكم أو نائبه إليها ويغلظ على الكافر[٣] الكتابي إذا ترافعوا إلينا في بيعة وهي بكسر الموحدة وهي معبد النصارى، وفي كنيسة وهي معبد اليهود وفي بيت نار مجوسي[٤] لا بيت أصنام وثني لأنه لا حرمة له.

وأما القسم الثاني ـ وهو التغليظ بالزمان[٥] في المسلم ـ فيكون بعد صلاة عصر كل يوم إن كان طلبه حثيثاً لأن اليمين الفاجرة بعد العصر أغلظ عقوبة لخبر الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه: «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «ثَلاَثَةٌ لاَ يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلاَ يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ» وَعَدَّ مِنْهُمْ: رَجُلاً حَلَفَ عَلَى

---

(١) سواده طارىء عليه لما في الحديث «إنه نزل من الجنة أشد بياضاً من اللبن فسوّدته خطايا بني آدم».

(٢) لحطم الذنوب أي إذهابها فيه وقيل لأنه حطم أي مات فيه ألوف من الأنبياء وغيرهم ولم يكن بالحجر بكسر الحاء مع أنه أفضل من المسجد حوله لأن غالبه من البيت صوناً له عن ذلك، وإن خالف فيه عمر رضي الله عنه ولذلك قدم الحطيم وقيل إن في الحجر قبر إسمعيل وأمه هاجر وقوله وإن خالف فيه عمر لعله رأى أن فيه تخويفاً للحالف أكثر من غيره.

(٣) دخول الحاكم إلى أماكنهم غير معصية لأنه لحاجة وغير الحاكم مثله لكن بإذن بالغ عاقل منهم ومحله إن خلت عن صور وإلا فحرام مطلقاً ودخولهم مساجدنا كعكسه ومن ذلك يؤخذ جواز تلاعن الكفار في مساجدنا غير المسجد الحرام.

(٤) روعي اعتقاده لأن له شبهة كتاب بخلاف الوثني.

(٥) لو في حق الكافر كما قاله البندنيجي وغيره وخالف الماوردي فاعتبر الوقت الذي يعظمونه.

فِي جَمَاعَةٍ مِنَ النَّاسِ: أَشْهَدُ باللّه إِنَّنِي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُ بِهِ

يَمِينٍ كَاذِبَةٍ بَعْدَ الْعَصْرِ يَقْتَطِعُ بِها مَالَ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ»، فإن لم يكن طلب حثيث فبعد صلاة عصر يوم الجمعة، لأن ساعة الإجابة فيه كما رواه أبو داود والنسائي وصححه الحاكم[1]، وروى مسلم أنها من مجلس الإمام على المنبر إلى أن تنقضي الصلاة. وأما تغليظه بالزمان في الكافر فيعتبر بأشرف الأوقات عندهم كما ذكره الماوردي وإن كان قضية كلام المصنف[2] أنه كالمسلم، ونقله ابن الرفعة عن البندنيجي وغيره.

تنبيه ـ من لا ينتحل ديناً كالدهري[3] والزنديق الذي لا يتدين بدين وعابد الوثن لا يشرع في حقهم تغليظ، بل يلاعنون في مجلس الحكم، لأنهم لا يعظمون زماناً ولا مكاناً فلا ينزجرون، قال الشيخان: ويحسن أن يحلف من ذكر بالله الذي خلقه ورزقه لأنه وإن غلا في كفره وجد نفسه مذعنةً لخالقٍ مدبرٍ.

ويُسَنّ التغليظ أيضاً (في جماعة) أي بحضور جمع عدول (من) أعيان (الناس) وصلحائهم من بلد اللعان لقوله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢] ولأن فيه ردعاً عن الكذب، وأقلهم كما في المنهاج كأصله: أربعة لثبوت الزنا بهم، فاستحب أن يحضر ذلك العدد.

ويبدأ في اللعان بالزوج فيقول: (أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميت به

---

(١) أخرجه البخاري ٥/ ٤٣ (٢٣٦٩) ومسلم ١/ ١٠٣ (١٧٣/ ١٠٨).

فيه أن المصنف لم يتعرض للتغليظ بالزمان اهـ. وفي الوسيط وإطلاق الشيخين وغيرهما التغليظ بالزمان وكونه بعد العصر يقتضي أنه لا فرق فيه بين المسلم والكافر ونقل ابن الرفعة عن البندنيجي وغيره أنا نغلظ على الكفار بالزمان عندنا لا عندهم كما هو قضية الإطلاق المذكور لكن قال الماوردي إن اليمين تغلظ عليهم في وقت أشرف صلواتهم عندهم. وأما المجوس فليس لهم صلاة مؤقتة وإنما لهم زمزمة يرونها قربة فإن كانت مؤقتة عندهم. حلفوا في أعظم أوقاتها عندهم وإن لم تكن مؤقتة سقط تغليظ أيمانهم بالزمان إلا أنهم يرون النهار أشرف من الليل ويحلفون نهاراً لا ليلاً وما ذكره الماوردي أوجه وإلا لما حلفناهم في البيع والكنائس ونحوها.

(٣) بضم الدال المهملة كما ضبطه ابن قاسم وبفتحها كما ضبطه ابن شهبة وهو المعطل وقال بعضهم الدهري بالضم المسنّ وبالفتح الملحد وهو من ينسب الأفعال للدهر قال تعالى: ﴿وما يهلكنا إلا الدهر﴾ أي إلا مرور الزمان. وهو في الأصل مدة بقاء العالم قال ثعلب وهما جميعاً منسوبان إلى الدهر وهم ربما غيروا في النسب كما يقال سهيلي للمنسوب إلى الأرض السهلة.

زَوْجَتِي فُلاَنَةَ مِنَ الزِّنَا. وأَنَّ هَذَا الْوَلَدَ مِنَ الزِّنَا وَلَيْسَ مِنِّي، أَرْبَعَ مَرَّاتٍ وَيَقُولُ فِي الْمَرَّةِ الْخَامِسَةِ بَعْدَ أَنْ يَعِظَهُ الْحَاكِمُ: وَعَلَيَّ لَعْنَةُ اللَّهِ إِنْ كُنْتُ مِنَ الْكَاذِبِينَ.

زوجتي فلانة) هذه (من زنا) إن كانت حاضرة فإن كانت غائبة عن البلد أو عن مجلس اللعان لمرض أو حيض أو نحو ذلك سماها ورفع نسبها بما يميزها عن غيرها دفعاً للاشتباه، وإن كان ثم ولد ينفيه عنه ذكره في كل كلمات اللعان الخمس الآتية لينتفي عنه، فيقول، في كل منها (وأن هذا الولد) إن كان حاضراً، أو وأن الولد الذي ولدته إن كان غائباً (من الزنا) (وليس) وهو (مني) لأن كل مرة بمنزلة شاهد، فلو أغفل ذكر الولد في بعض الكلمات احتاج إلى إعادة اللعان لنفيه.

تنبيه ـ قضية كلامه أنه لو اقتصر على قوله (من الزنا) ولم يقل: «ليس مني» أنه لا يكفي.

قال في الشرح الكبير: وبه أجاب كثيرون، لأنه قد يظن أن وطء النكاح الفاسد والشبهة زنا، ولكن الراجح أنه يكفي كما صححه معتمد في أصل: «الروضة» و«الشرح الصغير»، حملاً للفظ الزنا على حقيقته، وقضيته أيضاً أنه لو اقتصر على قوله «ليس مني» لم يكف، وهو الصحيح لاحتمال أن يريد أنه لا يشبهه خلقاً ولا خلقاً فلا بد أن يسنده مع ذلك إلى سبب معين كقوله: من زنا أو وطء شبهة.

ويكرر ذلك (أربع مرات) للآيات السابقة أول الفصل، وكررت الشهادة: لتأكيد الأمر، لأنها أقيمت مقام أربعة شهود من غيره، ليقام عليها الحد، ولذلك سميت شهادات، وهي في الحقيقة أيمان. وأما الكلمة الخامسة الآتية فمؤكدة لمفاد الأربع (ويقول في المرة الخامسة بعد أن يعظه الحاكم) ندباً بأن يخوفه من عذاب الله تعالى، فقد قال ﷺ لهلال: «اتَّقِ اللَّهَ فَإِنَّ عَذَابَ الدُّنْيَا أَهْوَنُ مِنْ عَذَابِ الآخِرَةِ»[١] ويأمر رجلاً أن يضع يده على فيه لعله ينزجر، فإن أبى بعد مبالغة الحاكم في وعظه إلا المضي قال له، قل: (وعليّ لعنة الله إن كنت من الكاذبين) فيما رميتها به من الزنا. ويشير إليها في الحضور ويميزها في الغيبة كما في الكلمات الأربع.

---

(١) أخرجه مسلم ٢/ ١١٣٠ (٤/ ١٤٩٣).

وَيَتَعَلَّقُ بِلِعَانِهِ خَمْسَةُ أَحْكَام: سُقُوطُ الحَدِّ عَنْهُ، وَوُجُوبُ الحَدِّ عَلَيْها،

تنبيه ـ كان من حق المصنف أن يذكر هذه الزيادة، لئلا يتوهم أن الخامسة لا يشترط فيها ذكر، ذلك وسكوته أيضاً عن ذكر الولد في الخامسة يقتضي أيضاً أنه لا يشترط في نفيه ذكره فيها، وليس مراداً كما مر أنه لا بد من ذكره في الكلمات الخمس، وسكت أيضاً عن ذكر الموالاة في الكلمات الخمس، والأصح اشتراطها كما في الروضة، فيؤثر الفصل الطويل، وهذا كله إن كان قذف ولم تثبته عليه ببيّنة، وإلا بأن كان اللعان لنفي ولد كأن احتمل كونه من وطء شبهة. وأثبتت قذفه ببينة قال في الأول فيما رميتها به من إصابة غيري لها على فراشي، وأن هذا الولد من تلك الإصابة، إلى آخر الكلمات، وفي الثاني، فيما أثبتت علي من رميي إياها بالزنا إلى آخره، ولا تلاعن المرأة في الأول، إذ لا حدّ عليها بهذا اللعان حتى تسقطه بلعانها.

[القَوْلُ فِيما يَتَرَتَّبُ عَلَى لِعَانِ الرَّجُلِ]

(ويتعلق بلعانه) أي بتمامه من غير توقف على لعانها ولا قضاء القاضي كما في الروضة (خمسة أحكام) وعليها اقتصر في «المنهاج»، وذكر في «الزوائد» زيادة عليها كما سيأتي مع غيرها الأول (سقوط الحد) أي سقوط حد قذف الملاعنة (عنه) إن كانت محصنة، وسقوط التعزير عنه إن لم تكن محصنة، ولا يسقط حد قذف الزاني عنه إلا إن ذكره في لعانه.

تنبيه: كان الأولى أن يعبر بالعقوبة بدل الحدّ، ليشمل التعزير (و) الثاني (وجوب الحد)[1] أي حد الزنا (عليها) أي زوجته مسلمة كانت أو

---

(١) اعلم أن الواجب عليها باللعان الحدّ وهو إما الجلد إن لم تكن محصنة أو الرجم إن كانت محصنة ولا يتأتى وجوب تعزير عليها باللعان. وأما الواجب على الزوج إن لم يلاعن فهو الحدّ إن كانت محصنة أو التعزير إن لم تكن محصنة فلا تلازم بين حدها وحدّه فقد يجب عليها الحدّ ويجب عليه هو التعزير بأن كانت غير محصنة. والمراد بالتعزير الذي يلاعن لنفيه هو تعزير التكذيب كقذف أمة أو صغيرة توطأ أو كافرة وأما تعزير التأديب فلا يلاعن لنفيه كقذف صغيرة لا توطأ وقذف من ثبت زناها بإقرار أو بينة أو لعان مع امتناعها منه أي من اللعان. أما في الأولى فلأنه كاذب فلا يمكن من الحلف على أنه صادق وأما في الثانية فلأنه صادق فلا حاجة لإظهار الصدق وقد لا يجب عليها شيء باللعان بأن كان اللعان لنفي ولد الشبهة.

وَزَوَالُ الْفِرَاشِ، وَنَفْيُ الْوَلَدِ،

كافرة إن لم تلاعن لقوله تعالى: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ..﴾ [النور: ٨] الآية فدل على وجوبه عليها بلعانه، وعلى سقوطه بلعانها (و) الثالث (زوال الفراش) أي فراش الزوج عنها لانقطاع النكاح بينهما، لما في الصحيحين أنه ﷺ: «فَرَّقَ بَيْنَهُما» ثم قال: «لاَ سَبِيلَ لَكَ عَلَيْها» وهي فرقة[١] فسخ كالرضاع لحصولها بغير لفظ[٢]، وتحصل ظاهراً وباطناً وفي سنن أبي داود: «المُتَلاَعِنَانِ لاَ يَجْتَمِعَانِ أبَداً».

تنبيه - تعبير المصنف بالفراش مراده به هنا الزوجية كما مرَّ تبعاً لجمع من أئمة اللغة وغيرهم.

(و) الرابع (نفي) انتساب (الولد) إليه إن نفاه في لعانه لخبر الصحيحين أنه ﷺ: «فَرَّقَ بَيْنَهُما وَأَلْحَقَ الْوَلَدَ بِالْمَرْأَةِ» وإنما يحتاج الملاعن إلى نفي نسب ولد يمكن كونه منه، فإن تعذّر كون الولد منه كأن طلقها في مجلس العقد أو نكح امرأة وهو بالمشرق وهي بالمغرب أو كان الزوج صغيراً أو ممسوحاً لم يلحقه الولد لاستحالة كونه منه، فلا حاجة في انتفائه إلى لعانه، والنفي فوري، كالرد بالعيب بجامع الضرر بالإمساك إلا لعذر كأن بلغه الخبر ليلاً فأخر حتى يصبح أو كان مريضاً أو محبوساً ولم يمكنه إعلام القاضي بذلك أو لم يجده فلا يبطل حقه إن تعسر عليه فيه إشهاد بأنه باق على النفي، وإلا بطل حقه من النفي لتفريطه، كما لو أخر بلا عذر فيلحقه الولد، فله نفي حمل وانتظار وضعه ليتحقق كونه ولداً، فلو قال: علمته ولداً وأخرت رجاء وضعه ميتاً فَأُلْغِيَ اللعان بطل حقه من النفي لتفريطه، فإن أخر وقال: جهلت الوضع وأمكن جهله صدق بيمينه ولا يصح نفي أحد توأمين بأن لم يتخلل بينهما ستة أشهر بأن ولدا معاً أو تخلل بين وضعيهما دون ستة أشهر لأن الله تعالى لم يجر العادة بأن يجمع في

---

(١) لا فائدة تترتب على كونها فرقة فسخ أو فرقة طلاق إلا الأيمان والتعاليق لأنها لا تعود له وكان الأولى أن يقول وهي فرقة انفساخ لأن هذا انفساخ لا فسخ.

(٢) هذا هو الجامع بين فرقة الرضاع وفرقة اللعان أي بغير لفظ دالّ على الفرقة فلا يرد ما يقال إن اللعان لفظ فكيف يقول لحصولها بغير لفظ. وحاصله أن المقصود من اللعان إثبات زناها ونفي الولد والفرقة مرتبة عليه.

وَٱلتَّحْرِيمُ عَلَى الأَبَدِ،

الرحم ولداً من ماء رجلٍ وولداً من ماء آخر، لأن الرحم إذا اشتمل على المني انسد فمه فلا يتأتى قبوله منياً آخر ولو هنيء بولد كأن قيل له: متعت بولدك فأجاب بما يتضمن إقراراً كآمين أو نعم لم ينفه بخلاف ما إذا أجاب بما لا يتضمن إقراراً كقوله: جزاك الله خيراً لأن الظاهر أنه قصد مكافأة الدعاء بالدعاء (و) الخامس (التحريم)(١) أي تحريمها عليه (على الأبد) فلا يحل له نكاحها بعد اللعان، ولا وطؤها بملك اليمين لو كانت أمة واشتراها. لقوله ﷺ في الحديث المار: «وَلاَ سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا» أي: لا طريق لك عليها، ولما مر في الحديث الآخر: «المُتَلاَعِنَانِ لاَ يَجْتَمِعَانِ أَبَداً».

تنبيه ـ بقي على المصنف من الأحكام أشياء لم يذكرها وقد تقدم الوعد بذكرها.

منها سقوط حد قذف الزاني بها عن الزوج إن سماه في لعانه كما مرت الإشارة إليه، فإن لم يذكره في لعانه لم يسقط عنه حد قذفه لكن له أن يعيد اللعان ويذكره فإن لم يلاعن ولابينة وحد لقذفها بطلبها فطالبه الرجل المقذوف به بالحد وقلنا بالأصح إنه يجب عليه حدّان فله اللعان وتأبدت حرمة المرأة باللعان لأجل الرجل فقط، ولو ابتدأ الرجل فطالبه بحد قذفه كان له اللعان لإسقاط الحد في أحد وجهين يظهر ترجيحه بناء على أنَّ حقه يثبت أصلاً لا تبعاً لها كما هو ظاهر كلامهم، وإن عفا أحدهما فللآخر مطالبته بحقه وحيث قلنا يلاعن للمقذوف به لا يثبت بلعانه زنا المقذوف ولا يلاعن المقذوف وإنما فائدته سقوط الحد عن القاذف.

ومنها سقوط حصانتها في حق الزوج إن امتنعت من اللعان ومنها تشطير الصداق قبل الدخول.

ومنها أن حكمها حكم المطلقة بائناً فلا يلحقها طلاق ويحل للزوج نكاح أربع سواها، ومن يحرم جمعه معها كأختها وعمتها وغير ذلك من الأحكام المترتبة على البينونة وإن لم تنقض عدتها ولا يتوقف ذلك على قضاء القاضي لا على لعانها بل يحصل بمجرد لعان الزوج.

---

(١) هذا يغني عن الثالث دون العكس لكن الأول وقع في محله فلا يكفي عن هذا.

وَيَسْقُطُ الحَدُّ عَنْهَا بِأَنْ تُلاعِنَ فَتَقُولُ: أَشْهَدُ بِاللّهِ إِنَّ فُلاناً هَذَا لَمِنَ الكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزِّنَا، أَرْبَعَ مَرَّاتٍ، وَتَقُولُ فِي الْمَرَّةِ الْخَامِسَةِ بَعْدَ أَنْ يَعِظَهَا الْحَاكِمُ: وَعَلَيَّ غَضَبُ اللّهِ إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ.

ومنها أنه لا نفقة لها وإن كانت حاملاً إذا نفي الحمل بلعانه كما جزم به الكافي.

فـرع ـ لو قذف زوج زوجته وهي بكر ثم طلقها وتزوجت ثم قذفها الزوج الثاني وهي ثيب. ثم لاعنا ولم تلاعن جلدت ثم رجمت.

(ويسقط الحد عنها) أي حد الزنا الذي وجب عليها بتمام لعان الزوج (بأن تلاعن) بعد تمام لعانه كما هو مستفاد من لفظ السقوط لأنه لا يكون إلا فيما وجب ولم يجب عليها إلا بتمام لعانه وباشتراط البعدية جزم ـ في الروضة ودل عليه قوله تعالى: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْها الْعَذَابَ...﴾ [النور: ٨] الآية (فتقول) بعد أن يأمرها الحاكم في جمع من الناس كما سن التغليظ في حقه كما مر (أشهد بالله أن فلاناً هذا) أي زوجها إن كان حاضراً وتميزه في الغيبة كما في جانبها (لمن الكاذبين) علي (فيما رماني به من الزنا أربع مرات) لقوله تعالى: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللّهِ﴾ [النور: ٨] الآية وتقول في المرة الخامسة بعد أن يعظها) أي يبالغ (الحاكم) ندباً في هذه المرة بالتخويف والتحذير كأن يقول لها عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ويأمر امرأة أن تضع يدها على فمها لعلها أن تنزجر فإن أبت إلا المضي قال لها قولي (وعليّ غضب الله إن كان من الصادقين) فيما رماني به من الزنا، كما في الروضة.

تنبيه ـ أفهم سكوته في لعانها عن ذكر الولد أنها لا تحتاج إليه وهو الصحيح لأنه لا يتعلق بذكره في لعانها حكم فلم يحتج إليه ولو تعرضت له لم يضر.

تتمة ـ لو أبدل لفظ شهادة بحلف أو نحوه كأقسم بالله أو أحلف بالله إلى آخره أو لفظ غضب بلعن أو غيره كالابعاد وعكسه بأن ذكر الرجل الغضب والمرأة اللعن أو ذكر اللعن أو الغضب قبل تمام الشهادة ـ لم يصح ذلك اتباعاً للنص. كما في الشهادة، والحكمة في اختصاص لعانها بالغضب ولعان الرجل باللعن أن جريمة الزنا أعظم من جريمة القذف فقوبل الأعظم بمثله وهو الغضب لأن غضبه تعالى إرادة الانتقام من العصاة وإنزال العقوبة بهم واللعن والطرد والبعد، فخصت المرأة بالتزام أغلظ

. . . .

العقوبة، ولو نفى الذمي ولداً ثم أسلم لم يتبعه في الإسلام فلو مات الولد وقسم ميراثه بين ورثته الكفار ثم استلحقه لحقه في نسبه وإسلامه، وورثه وانتقضت القسمة ولو قتل الملاعن من نفاه ثم استلحقه لحقه وسقط عنه القصاص والاعتبار في الحدود والتعزير بحالة القذف فلا يتغيران بحدوث عتق أو رق أو إسلام في القاذف أو المقذوف.

فَصْلٌ فِي الـعِدَدِ(١)

جمع عدة مأخوذة من العدد لاشتمالها على عدد من الأقراء أو الأشهر غالباً وهي في الشرع: اسم لمدة تتربص(٢) فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها(٣) أو للتعبد أو لتفجعها(٤) على زوجها.

---

(١) أخرها إلى هنا لأنها تثبت بعد اللعان والطلاق ووسط الإيلاء والظهار بينهما لأنهما كانا طلاقاً في الجاهلية.

(٢) التربص الانتظار كما في المختار والمراد به هنا التمهل والصبر وما المانع من جعله بمعنى الانتظار أي انتظار براءة رحمها فيمن تحبل وقوله المرأة الخ خرج بها الرجل فلا عدّة عليه قالوا إلا في حالتين: الحالة الأولى إذا كان معه امرأة وطلقها طلاقاً رجعياً وأراد أن يتزوج بمن لا يجوز له الجمع بينها وبينها كأختها وعمتها وخالتها. الحالة الثانية إذا كان معه أربع زوجات وطلق واحدة منهنّ رجعياً وأراد التزوج بخامسة فلا يجوز له ذلك في الحالتين المذكورتين إلا بعد انقضاء العدّة اهـ وفي كون العدة واجبة على الرجل في الحالتين المذكورتين نظر ظاهر فتأمل وغايته أن العدة واجبة على الزوجة وأن الزوج يمتنع عليه التزوج حتى تنقضي عدتها.

(٣) أي فيمن يولد له وقوله أو لتفجعها الخ أي في فرقة الموت وهذه أمثله انفراد كل قسم عن الآخر وقد يجتمع التعبد مع التفجع في فرقة الموت عمن لا يولد له أو كانت قبل الدخول، وقد تجتمع براءة الرحم مع التفجع فيمن يولد له في فرقة الموت وقد تجتمع الثلاثة كما في هذا المثال لأن العدة فيها نوع من التعبد أبداً، واجتماع الأقسام بعضها مع بعض مأخوذ من ذكر أو لأنها مانعة خلوّ فتجوّز الجمع والتعبد هو ما لا يعقل معناه عبادة كان أو غيرها فقول الزركشي لا يقال فيها تعبد لأنها ليست من العبادة المحضة غير ظاهر والمراد بالمعرفة ما يشمل الظن إذ ما عدا وضع الحمل يدل عليها ظناً.

(٤) أي فيمن مات عنها قبل الدخول ومثله الممسوح أو بعده وكان صبياً أو كانت صغيرة كما يعلم من كلام الشارح فيما يأتي والمراد بالتفجع التحزن.

وَالْمُعْتَدَّةُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: مُتَوَفَّى عَنْهَا، وَغَيْرُ مُتَوَفَّى عَنْهَا، فَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا إِنْ كَانَتْ حَامِلاً فَعِدَّتُهَا بِوَضْعِ الْحَمْلِ

والأصل فيها قبل الإجماع الآيات والأخبار الآتية، وشرعت صيانة للأنساب وتحصيناً لها من الاختلاط، رعاية لحق الزوجين والولد والناكح الثاني، والمغلب فيها التعبد، بدليل أنها لا تنقضي بقرء واحد مع حصول البراءة به.

(والمعتدة) من النساء (على ضربين: متوفى عنها، وغير متوفى عنها) سلك المصنف رحمه الله تعالى في تقسيم الأحكام الآتية طريقة حسنة مع الاختصار ثم بدأ بالضرب الأول فقال: (فالمتوفى عنها) حرة كانت أو أمة (إن كانت حاملاً) بولد يلحق الميت (فعدتها بوضع الحمل) أي انفصاله كله، حتى ثاني توأمين ولو بعد الوفاة، لقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] فهو مقيد لقوله[٥] تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ [البقرة: ٢٣٤] ولقوله ﷺ لسبيعة الأسلمية وقد وضعت بعد موت زوجها بنصف شهر: «قَدْ حَلَلْتِ فَانْكِحِي مَنْ شِئْتِ»[١] متفق عليه[٢] وخرج بقولنا يلحق الميت ما لو مات صبي لا يولد لمثله عن حامل فإن عدتها بالأشهر لا بالوضع لأنه منتف عنه يقيناً لعدم إنزاله وكذا لو مات ممسوح ـ وهو المقطوع جميع ذكره وأنثييه ـ عن حامل فعدتها بالأشهر لا بالوضع إذ لا يلحقه ولد على المذهب لأنه لا ينزل فإن الأنثيين محل المني الذي يتدفق بعد انفصاله من الظهر، ولم يعهد لمثله، ولادة.

---

(١) جعله هنا من باب المطلق والمقيد وفيما يأتي من الخاص والعام لأن الموجود هنا فعل وهو «يتربصن» ولا عموم له بل هو مطلق والموجود فيما يأتي عام وهو «والمطلقات» وفيه أن قوله «والذين يتوفون» معناه وزوجات الذين يتوفون بدليل يتربصن فيكون عاماً كقوله «والمطلقات» فإنه هو المحكوم عليه والعموم بالنظر إليه لا للفعل، وكتب بعضهم على قوله فهو مقيد مراده به التخصيص كما سيعبر به فيما يأتي فهو مقيد إن نظر للفعل الواقع صلة للموصول وهو يتوفون فإن الفعل من باب المطلق لأنه نكرة معنى ومخصص إن نظر للموصول لأن الموصول عام فالمغايرة للتفنن.

(٢) أخرجه البخاري (٤٩٠٩، ٥٣١٨) ومسلم (١٤٨٤).

وَإِنْ كَانَتْ حَائِلاً فَعِدَّتُهَا أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ.

فائدة ـ حكي أن أبا عبيدة بن حربويه قلد قضاء مصر، وقضى به فحمله الممسوح على كتفه وطاف به في الأسواق وقال: انظروا إلى هذا القاضي يلحق أولاد الزنا بالخدام، ويلحق الولد مجبوباً قطع جميع ذكره وبقي أنثياه.

فتعتد الحامل بوضعه لبقاء أوعية المني وما فيها من القوة المحيلة للدم وكذا مسلول خصيتاه وبقي ذكره يلحقه الولد فتنقضي به العدة على المذهب لأن آلة الجماع باقية فقد يبالغ في الإيلاج فيلتذ وينزل ماء رقيقاً.

(وإن كانت) أي المعتدة عن وفاة (حائلاً) وهي ـ بهمزة مكسورة غير الحامل (فعدتها) إن كانت حرة وإن لم توطأ أو كانت صغيرة أو زوجة صبي أو ممسوح (أربعة أشهر وعشراً) من الأيام[1] لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ [البقرة: ٢٣٤] وهو محمول على الحرائر كما مر وعلى الحائلات بقرينة الآية المتقدمة، وكالحائلات الحاملة من غير الزوج وهذه الآية ناسخة لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِم مَّتَاعاً إِلَى الْحَوْلِ﴾ [البقرة: ٢٤٠].

---

(١) فيه أنه نص على العشرة أيام فقط فيتوهم منه أنه يكتفى بالعشرة أيام وإن كانت الليالي تسعة بأن تقدم اليوم الأوّل على الليلة مع أنه لا يكتفى بذلك بأن مات بفجر أوّل يوم في الشهر مثلاً فإن الأربعة أشهر تنقص ليلة فتكمل بأوّل ليلة من الشهر الخامس فتكون العشرة أوّل اليوم من الشهر الخامس فتكون ناقصة ليلة فتكمل من ليلة الحادي عشر وحذف التاء من العشرة مع كون المعدود مذكراً لجواز حذفها عند حذف المعدود. وعبارة شرح المنهج أي عشر ليال بأيامها وهي أظهر والمراد أربعة أشهر وعشر من الأيام بلياليها لكن بعد وضع الحمل إن كانت حاملاً من شبهة لأن عدة الحمل مقدمة تقدمت أو تأخرت عن الموت فإن كانت حاملاً من زنا انقضت عدتها بمضيّ الأشهر مع وجوده لأنه لا حرمة له. ولهذا لو نكح حاملاً من زنا صح نكاحه قطعاً وجاز له الوطء قبل الوضع على الأصح ولو زنت في العدة وحملت من الزنا لم تنقطع العدة ولو جهل حال الحمل حمل على أنه من زنا كما نقله الشيخان عن الروياني وبه أفتى القفال وبه جزم صاحب الأنوار وقال الإمام يحمل على أنه من وطء شبهة تحسيناً للظنّ وبه جزم صاحب التعجيز وقد يجمع بينهما بحمل الأوّل على أنه كالزنا في أنه لا تنقضي به العدة كما تقرّر والثاني على أنه من شبهة فلا تحدّ تجنباً عن تحمل الإثم بقرينة آخر كلام قائله.

وَغَيْرُ الْمُتَوَفَّى عَنْها إِنْ كَانَتْ حَامِلاً فَعِدَّتُهَا بِوَضْعِ الْحَمْلِ

فإن قيل شرط الناسخ أن يكون متأخراً عن المنسوخ مع أن الآية الأولى متقدمة وهذه متأخرة.

أجيب بأنها متقدمة في التلاوة متأخرة في النزول.

وتعتبر الأشهر بالأهلة ما أمكن ويكمل المنكسر بالعدد كنظائره فإن خفيت عليها الأهلة كالمحبوسة اعتدت بمائة وثلاثين يوماً، ولو مات عن مطلقة رجعية انتقلت إلى عدة وفاة بالإجماع كما حكاه ابن المنذر أو مات عن مطلقة بائن فلا تنتقل لعدة وفاة لأنها ليست بزوجة فتكمل عدة الطلاق وخرج بقيد الحرة الأمة وستأتي في كلامه.

ثم شرع في الضرب الثاني فقال: (وغير المتوفى عنها) المعتدة عن فرقة طلاق أو فسخ بعيب أو رضاع أو لعان (إن كانت حاملاً فعدتها بوضع الحمل) لقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] فهو مخصص لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] ولأن المعتبر من العدة براءة الرحم وهي حاصلة بالوضع بشرط إمكان نسبته إلى صاحب العدة زوجاً كان أو غيره[١] ولو احتمالاً كمنفي بلعان لأنه لا ينافي إمكان كونه منه ولهذا لو استلحقه لحقه فإن لم يمكن نسبته إليه لم تنقض بوضعه كما إذا مات صبي لا يتصور منه الإنزال أو ممسوح عن زوجة حامل فلا تعتد بوضع الحمل كما مر، وكذا كل من أتت زوجته الحامل بولد لا يمكن كونه منه، كأن وضعته لدون ستة أشهر من النكاح أو لأكثر وكان بين الزوجين مسافة لا تقطع في تلك المدة أو لفوق أربع سنين من الفرقة لم تنقض عدتها بوضعه، لكن لو ادعت في الأخيرة أنه راجعها أو جدد نكاحها أو وطئها بشبهة وأمكن فهو وإن انتفى عنه تنقضي به عدتها، ويشترط انفصال كل الحمل فلا أثر لخروج بعضه متصلاً أو منفصلاً في انقضاء العدة ولا في غيرها من سائر أحكام الجنين لعدم تمام انفصاله، ولظاهر الآية، واستثني من ذلك وجوب الغرة بظهور شيء منه لأن المقصود تحقق وجوده، ووجوب القود إذا حزَّ جان رقبته وهو حي ووجوب الدية

---

(١) المناسب حذف هذا التعميم لأن كلامنا في المفارقة فقوله أو غيره فمراده الموطوءة بشبهة وهو لا يناسب.

وَإِنْ كَانَتْ حَائِلاً

بالجناية على أمة إذا مات[1] بعد صياحه وتنقضي العدة بميت وبمضغة فيها صورة آدمي ولو خفيفة على غير القوابل لظهورها عندهن فإن لم يكن في المضغة صورة لا ظاهرة ولا خفية ولكن قلن هي أصل آدمي ولو بقيت لتصورت انقضت العدة بوضعها على المذهب المنصوص لحصول براءة الرحم بذلك، وهذه المسألة تسمى مسألة النصوص فإنه نص هنا على أن العدة تنقضي بها وعلى أنه لا تجب فيها الغرة ولا يثبت بها الاستيلاد والفرق أن العدة تنقضي ببراءة الرحم وقد حصلت والأصل براءة الذمة في الغرة وأمومة الولد إنما تثبت تبعاً للولد وهذا لا يسمى ولداً، وخرج بالمضغة العلقة وهي مني يستحيل في الرحم فيصير دماً غليظاً فلا تنقضي العدة بها لأنها لا تسمى حملاً.

فائدة ـ وقع في الإفتاء أن الولد لو مات في بطن المرأة وتعذر نزوله بدواء أو غيره كما يتفق لبعض الحوامل هل تنقضي عدتها بالإقراء إن كانت من ذوات الأقراء، أو بالأشهر إن لم تكن من ذوات الأقراء، أو لا تنقضي عدتها ما دام في بطنها.

اختلف العصريون[2] في ذلك، والظاهر الثالث[3] كما صرح به جلال الدين البلقيني في حواشي الروضة، قال: وقد وقعت هذه المسألة واستفتينا عنها فأجبنا بذلك، انتهى. ويدل لذلك قوله تعالى: **﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾** [الطلاق: ٤].

(وإن كانت) أي المعتدة عن فرقة طلاق وما في معناه مما مر (حائلاً) بالمعنى

---

(١) في خط المؤلف بإلحاق الفعل تاء التأنيث والصواب إسقاطها كما في شرح الروض مرحومي ويمكن أن توجه نسخة المؤلف بأنه لما جنى عليها ماتت فمات الجنين بسبب موتها فتأمل. وعبارة الأجهوري ويمكن توجيه الثانية على بعد بأن ماتت بالجناية عليها فمات الولد وحينئذ فإن كانت الجناية عمداً وتوفرت الشروط اقتص منه ووجبت دية للولد وإلا فديتان لها وللولد فليتأمل. والظاهر تعلق قوله بالجناية بماتت اهـ مدابغي. فمحل وجوب الغرّة دون الدية إن لم يصح قبل موته.

(٢) أي معاصرو الشيخ النووي.

(٣) معتمد ومراده بالثاني قوله أو لا تنقضي.

وَهِيَ مِنْ ذَوَاتِ الْحَيْضِ فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ قُرُوءٍ، وَهِيَ الأَطْهَارُ

المتقدم (وهي من ذوات) أي صواحب (الحيض، فعدتها ثلاثة قروء) جمع قرء وهو لغة ـ بفتح القاف وضمها حقيقة في الحيض والطهر ومن إطلاقه على الحيض ما في خبر النسائي وغيره: «تَتْرُكُ الصَّلَاةَ أَيَّامَ أَقْرَائِهَا» (وهي) في الاصطلاح (الأطهار) كما روي عن عمر وعلي وعائشة وغيرهم من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين، ولقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ[1] لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] والطلاق في الحيض يحرم فيصرف الإذن إلى زمن الطهر، فإن طلقت طاهراً وبقي من زمن طهرها شيء انقضت عدتها بالطعن في حيضة ثالثة. لأن بعض الطهر وإن قل[2] يصدق عليه اسم قرء قال تعالى[3]: ﴿الحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ﴾ [البقرة: ١٩٦] وهو شهران وبعض الثالث أو طلقت في حيض انقضت عدتها بالطعن في حيضة رابعة ولا يحسب طهر من لم تحض قرءاً بناء على أن الطهر هو المحتوش بين دمي حيض أو حيض ونفاس أو دمي نفاس[4] كما صرح به

(١) في الاستدلال به شيء لأنها ليست نصاً في أن المراد بالأقراء الأطهار لأن المراد بها فطلقوهن في الوقت الذي يشرعن فيه العدّة وهذا يصدق بالحيض كما قال به أبو حنيفة اهـ واللام بمعنى في كما في قوله تعالى ﴿ونضع الموازين القسط ليوم القيامة﴾ أي فيه.

(٢) هذا يقتضي أن إطلاق القرء على بعضه حقيقة وليس كذلك فكان الأولى أن يسلك ما قاله في شرح المنهج بأن يقول ولا بعد في تسمية قرأين وبعض الثالث ثلاثة فتسمية البعض قرءاً من مجاز التغليب لا حقيقة كما فسر قوله تعالى ﴿الحج أشهر معلومات﴾.

(٣) أي ولأنا لو لم نعدّه قرءاً لكان أبلغ في تطويل العدة عليها من طلاقها في الحيض وإنما أمر ابن عمر بالطلاق في الطهر إذا لم يمسها ليبين أنه السنة في الطلاق لا للعدة لأن مقصودها البراءة وهي حاصلة بطريان الحيض بعد الطهر. وإن وجد المس فتعين أن يكون القيد لأجل السنة في الطلاق. وصورة المسألة: إذا بقي من الطهر بعد وقوع الطلاق بقية فإن انطبق على آخره اتفاقاً أو قال أنت طالق آخر طرك لم يعتد به على الأصح.

(٤) كأن تكون حاملاً من الزنا ثم تطلق وهي حامل منه ثم تضع فلا تنقضي العدة بوضعه لأنه لا ينسب لصاحب العدّة ثم إنها حملت من الزنا أيضاً ووضعت فالطهر بينهما يعد قرءاً ثم تعتدّ بعد ذلك بقرأين آخرين وصدق على هذا أنه طهر بين نفاسين. قال والمعتبر هو كون الثاني من الزنا وأما الأول فيصح أن يكون من شبهة بل يصح تصوير ذلك بأن يكون الحمل الأول من غير الشبهة بأن تضع الحمل من زوجها ثم تطلق زمن النفاس أو بعده ثم تحمل من زنا ثم تلد فيحسب ما بين النفاسين قرءاً ولا يتعين أن يكون النفاس الأول من زنا بل

إِلاَّ إِذَا كَانَتْ صَغِيرَةً أَوْ آيِسَةً فَعِدَّتُهَا ثَلاَثَةُ أَشْهُرٍ.

المتولي. وعدة مستحاضة غير متحيرة بأقرائها المردودة إليها. وعدة متحيرة[1] ثلاثة أشهر في الحال، لاشتمال كل شهر على طهر وحيض غالباً.

(إلا إذا كانت) أي المعتدة (صغيرة[2] أو) كبيرة (آيسة) من الحيض (فعدتها ثلاثة أشهر) هلالية بأن انطبق الطلاق على أول الشهر قال تعالى: ﴿وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاَثَةُ أَشْهُرٍ، وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤] أي فعدتهن كذلك، كما قاله أبو البقاء في إعرابه، وقوله تعالى: ﴿إن ارتبتم﴾ معناه إن لم تعرفوا ما تعتد به التي يئست من ذوات الأقراء، فإن طلقت في أثناء شهر كملته من الرابع ثلاثين يوماً، سواء أكان الشهر تاماً أم ناقصاً.

[القَوْلُ فِيمَن انْقَطَعَ حَيْضُها لِغَيْرِ يَأْسٍ]

تنبيه ـ من انقطع حيضها لعارض كرضاع أو نفاس أو مرض تصبر حتى تحيض فتعتد بالأقراء أو حتى تبلغ سن اليأس فتعتد بالأشهر ولا مبالاة بطول مدة الانتظار وإن انقطع لا لعلة[3] تعرف[4]، فكالانقطاع لعارض على الجديد فتصبر حتى تحيض أو تيأس.

فائدة ـ قال بعض المتأخرين: ويتعين التفطن لتعليم جهلة الشهور، هذه

يصح أن يكون من حلال بأن يطلقها ثم تزني وتضع ولعل المحشي إنما صوّرها بما إذا كان الأول من زنا أيضاً ليكون الطلاق حلالاً.

(١) أي طلقت أول الشهر فإن طلقت في أثنائه والباقي ستة عشر فأكثر حسب قرءاً لاشتماله على طهر لا محالة فتكمل بعد شهرين هلاليين إلا أي بأن طلقت والباقي من شهر أقل من ستة عشر يوماً لم يحسب قرءاً فتعتد بعده بثلاثة أشهر هلالية.

(٢) المراد بها من لم تحض لصغرها أو لعلة أو جبلة منعتها رؤية الدم أصلاً أو ولدت ولم تر دماً وإن كانت كبيرة في السن فهو اصطلاح للفقهاء.

(٣) فصله عما قبله لأجل قوله على الجديد، وعبارة المنهاج وشرحه للمحلى: وفي القديم تتربص تسعة أشهر مدة الحمل غالباً وبعدها تعتدّ بثلاثة أشهر وهذا موافق لقول الإمام مالك تصبر ستة بيضاء أي خالية عن الدم لأن ضم الثلاثة أشهر للتسعة سنة كاملة وفي قول من القديم أربع سنين بالأشهر إذا لم يظهر حمل اهـ وقوله في القديم وبه قال مالك وأحمد.

(٤) قيد به لأن الانقطاع في الواقع لا بـد له من علة فمصب النفي قوله تعرف.

وَالْمُطَلَّقَةُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا لاَ عِدَّةَ عَلَيْهَا، وَعِدَّةُ الأَمَةِ بِالْحَمْلِ كَعِدَّةِ الحُرَّةِ،

المسألة، فإنهم يزوجون منقطعة الحيض لعارض أو غيره قبل بلوغ سن اليأس، ويسمونها بمجرد الانقطاع آيسة، ويكتفون بمضي ثلاثة أشهر ويستغربون القول بصبرها إلى بلوغ سن اليأس حتى تصير عجوزاً، فليحذر من ذلك انتهى.

أي لأن الأشهر إنما شرعت للتي لم تحض والآيسة، وهذه غيرهما فلو حاضت من لم تحض من حرة وغيرها، أو حاضت آيسة[1] كذلك في الأشهر اعتدت بالأقراء لأنها الأصل في العدة، وقد قدرت عليها قبل الفراغ من بدلها فتنتقل إليها كالمتيمم إذا وجد الماء في أثناء التيمم، فإن حاضت بعدها الأولى لم يؤثر لأن حيضها حينئذ لا يمنع صدق القول بأنها عند اعتدادها بالأشهر من اللائي لم يحضن، أو الثانية فهي كآيسة حاضت بعدها ولم تنكح زوجاً آخر فإنها تعتد بالأقراء لتبين أنها ليست آيسة فإن نكحت آخر فلا شيء عليها لانقضاء عدتها ظاهراً مع تعلق حق الزوج بها وللشروع في المقصود كما إذا قدر المتيمم على الماء بعد الشروع في الصلاة.

والمعتبر في اليأس يأس كل النساء بحسب ما بلغنا خبره لا طواف نساء العالم ولا يأس عشيرتها قط، وأقصاه اثنتان وستون سنة، وقيل ستون وقيل خمسون.

[القَوْلُ فِي الْمُطَلَّقَةِ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا]

(والمطلقة قبل الدخول بها لا عدة عليها) لقوله تعالى: **﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَما لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾** [الأحزاب: ٤٩] والمعنى فيه عدم اشتغال رحمها بما يوجب استبراءه.

[القَوْلُ فِي عِدَّةِ الأَمَةِ]

(وعدة الأمة) ومن فيها رق (بالحمل) أي بوضعه بشرط نسبته إلى ذي العدة حياً كان أو ميتاً أو مضغة (كعدة الحرة) في جميع ما مر فيها من غير فرق لعموم الآية

---

(١) أي بلغت سن اليأس وهو اثنتان وستون سنة سواء سبق لها حيض أو لا.

وَبالأَقْرَاءِ أَنْ تَعْتَدَّ بِقُرْأَيْنِ وَبِالشُّهُورِ عَنِ الْوَفَاةِ أَنْ تَعْتَدَّ بِشَهْرَيْنِ وَخَمْسَةِ أَيَّام، وَعَنِ الطَّلَاقِ أَنْ تَعْتَدَّ بِشَهْرٍ وَنِصْفٍ، فَإِنِ اعْتَدَّتْ بِشَهْرَيْنِ كَانَ أَوْلَى.

الكريمة (و) عدتها (بالأقراء) عن فرقة طلاق أو فسخ ولو مستحاضة غير متحيرة (أن تعتد بقرأين) لأنها على النصف من الحرة في كثير من الأحكام، وإنما كملت القرء الثاني لتعذر تبعيضه كالطلاق. إذ لا يظهر نصفه إلا بظهور كله فلا بد من الانتظار إلى أن يعود الدم فإن عتقت في عدة رجعة فكحرة، فتكمل ثلاثة أقراء، لأن الرجعية كالزوجة في كثير من الأحكام، فكأنها عتقت قبل الطلاق بخلاف ما إذا عتقت في عدة بينونة لأنها كالأجنبية فكأنها عتقت بعد انقضاء العدة أما المتحيرة فهي إن طلقت أول الشهر فبشهرين وإن طلقت في أثناء الشهر والباقي أكثر من خمسة عشر حسب قرءاً فتكمل بعده بشهر هلالي وإلا لم يحسب قرءاً فتعتد بعده بشهرين هلاليين على المعتمد خلافاً للبارزي في اكتفائه بشهر ونصف (و) عدتها (بالشهور عن الوفاة) قبل الدخول أو بعده (أن تعتد بشهرين) هلاليين (وخمسة أيام) بلياليها ويأتي في الانكسار ما مر (و) عدتها (من الطلاق) وما في معناه مما تقدم (بشهر) هلالي (ونصف) شهر لإمكان التنصيف في الأشهر وهذا هو الأظهر، وقال المصنف من عند نفسه (فإن اعتدت بشهرين كان أولى) أي لأنها تعتد في الأقراء بقرأين، ففي اليأس تعتد بشهرين بدلاً عنهما قال بعض المتأخرين وما ادعاه من الأولوية لم يقل به أحد من الأصحاب القائلين بالتنصيف، ثم قال وجملة ما في المسألة ثلاثة أقوال أظهرها ما تقدم وثانيها وجوب شهرين، والثالث وجوب ثلاثة أشهر، فالخلاف في الوجوب فإن أراد الأولوية من حيث الاحتياط على القول الراجح فالاحتياط إنما يكون بالقول الثالث ولم يقولوا به أيضاً انتهى، وقد يقال إن المصنف قد اطلع على ذلك في كلامهم ولا شك أن الاحتياط بالشهرين أولى من الاقتصار على شهر ونصف وإن كان بالثلاثة أولى، ويراعي الأول الوجه الضعيف فيجعله من باب الاحتياط.

تتمة ـ لو طلق زوجته وعاشرها بلا وطء في عدة أقراء أو أشهر فإن كانت بائناً انقضت عدتها بما ذكر وإن كانت رجعية لم تنقض عدتها بذلك وإن طالت المدة ولا رجعة له بعد الأقراء أو الأشهر، وإن لم تنقض بذلك العدة ويلحقها الطلاق ولو طلق

فَصْــلٌ

وَيَجِبُ لِلْمُعْتَدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ وَيَجِبُ لِلْبَائِنِ السُّكْنَى دُونَ النَّفَقَةِ، إِلاَّ أَنْ تَكُونَ حَامِلاً،

زوجته الأمة وعاشرها سيدها كان كما لو عاشرها الزوج، ففيه التفصيل المار، وأما غير الزوج والسيد فكمعاشرة البائن فتنقضي عدتها بما ذكر.

فَصْـلٌ فِيما يَجِبُ لِلْمُعْتَدَّةِ وعَلَيْهَا

سواء أكانت بائناً أم رجعية.

[القَوْلُ فِيما يَجِبُ لِلرَّجْعِيَّةِ]

وقد بدأ بالقسم الثاني فقال (ويجب للمعتدة الرجعية) ولو حائلاً أو أمة (السكنى والنفقة) والكسوة وسائر حقوق الزوجية، إلا آلة التنظيف لبقاء حبس النكاح وسلطنته ولهذا يسقط بنشوزها.

[القَوْلُ فِيمَا يَجِبُ لِلْبَائِنِ]

ثم شرع في القسم الأول فقال (ويجب للبائن) الحائل بخلع أو ثلاث في غير نشوز (السكنى دون النفقة)[1] والكسوة لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُمْ﴾ [الطلاق: ٦] فلا سكنى لمن أبانها ناشزة أو نشزت في العدة إلا إن عادت إلى الطاعة كما في الروضة، ثم استثنى من ذلك قوله (إلا أن تكون) البائن (حاملاً) بولد يلحق

---

(١) الفرق بينها وبين السكنى أن السكنى لتحصين مائه فاستوى فيها حال الزوجية وعدمها والنفقة للتمكين وهو خاص بالزوجية شرح المنوفي. وقوله لتحصين مائه هذا لا يشمل الصغيرة إلا أن يقال هو جري على الغالب وقد يتصوّر وجود العدة عليها باستدخال الماء قاله البرماوي. وقوله بالزوجية وتقدم سكناها على الديون المرسلة في الذمة. وتقدم سكناه على مؤن التجهيز لأنه حق تعلق بعين التركة وليس هو من الديون المرسلة في الذمة سكناها على مؤن التجهيز لأنه حق تعلق بعين التركة وليس هو من الديون المرسلة في الذمة وينبغي أن هذا إذا كان ملكه أو استحق منفعته مدة عدّتها بإجارة ويحتمل أنه إذا خلفها في بيت معار أو مؤجر وانقضت المدة أنها تقدّم بأجرة المسكن على مؤن التجهيزأيضاً ويحتمل وهو =

وَيَجِبُ عَلَى الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا الإِحْدَادُ.

الزوج فيجب لها من النفقة بسبب الحمل على أظهر القولين ما كان سقط عند عدمه، إذا توافقا على الحمل، أو شهد به أربع نسوة ما لم تنشز في العدة فإن نشزت فيها سقط ما وجب لها بناء على الأظهر المتقدم، وخرج بقيد البائن المعتدة عن وفاة، فلا نفقة لها وإن كانت حاملاً لخبر: «لَيْسَ لِلْحَامِلِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا نَفَقَةٌ» رواه الدارقطني بإسناد صحيح ولأنها بانت بالوفاة. والقريب تسقط مؤنته بها وإنما لم تسقط فيما لو توفي بعد بينونتها لأنها وجبت قبل الوفاة فاغتفر بقاؤها في الدوام لأنه أقوى من الابتداء.

الإِحْدَادُ عَلَى الْمُتَوَفَّى

(ويجب على المتوفى عنها[١] زوجها) ولو أمة (الإحداد) لخبر الصحيحين: «لاَ يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ أَنْ تَحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلاَثٍ[٢] إِلاَّ عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً»[٣] أي فيحل لها الإحداد عليه أي يجب، للإجماع على إرادته[٤] والتقيد

= الظاهر أنها تقدم بأجرة يوم الموت فقط لأن ما بعده لا يجب إلا بدخوله فلم يزاحم مؤن التجهيز. وسكنى المعتدة من رأس المال فإن لم يكن تركة سنّ للوارث التبرع بها من ماله وللقاضي إسكانها من بيت المال فإن أسكنها أحدهما فعليها الإجابة وإلا سكنت حيث أرادت ولو مضت مدة العدة أو بعضها ولم تطالب بالسكنى سقطت بخلاف النفقة ولو أسقطت المعتدة السكنى لم تسقط لأنه إسقاط لما يجب يوماً بيوم ولما فيها من حق الله تعالى. ويسقط سكنى اليوم الأول لوجوبها فيه وعبارة م ر ولو أسقطت حق السكنى عن الزوج الحي لم يسقط كما أفتى به المصنف لوجوبها يوماً بيوم وإسقاط ما لم يجب لاغ.

(١) أي المعتدة عن وفاة، وعبارة المنهاج ويجب الإحداد على معتدة وفاة.

(٢) أما الثلاث وما دونها فيحل فيها للمرأة في نحو القريب فقط والكلام هنا شامل للحامل ولو بقيت حاملاً أكثر من أربعة أشهر وعشر فتحدها فقط. قال الناشري وفي معنى ذلك المملوك والصهر والصديق كما ألحقوا بهم في أعذار الجمعة والجماعة. وضابطه أن من حزنت لموته فلها الإحداد عليه ثلاثة أيام ومن لا فلا ويمكن حمل إطلاق الحديث والأصحاب على هذا وظاهر أن الزوج لو منعها مما ينقص به تمتع حرم عليها فعله.

(٣) أخرجه البخاري ٩/ ٤٨٤ (٥٣٣٤) ومسلم ٢/ ١١٢٣ (٥٨/ ١٤٨٦، ١٤٨٧).

(٤) كأنه لم ينظر إلى مخالفة الحسن البصري.

وَهُوَ: الامْتِنَاعُ مِنَ الزِّينَةِ

بإيمان المرأة جرى على الغالب، لأن غيرها ممن لها أمان يلزمها الإحداد وعلى ولي صغيرة ومجنونة منعهما مما يمنع منه غيرهما، وسن لمفارقة ولو رجعية ولا يجب لأنها إن فورقت بطلاق فهي مجفوة[(١)] به أو بفسخ فالفسخ منها أو لمعنى فيها فلا يليق بها فيهما إيجاب الإحداد بخلاف المتوفى عنها زوجها وما ذكر من أن الرجعية يسن لها ذلك هو ما نقله في الروضة وأصلها، عن أبي ثور عن الشافعي، ثم نقل عن بعض الأصحاب أن الأولى لها أن تتزين بما يدعو الزوج إلى رجعتها.

(وهو) أي الإحداد، من «أحد» ويقال فيه: «الحداد» من حد ـ لغة المنع واصطلاحاً (الامتناع من الزينة) في البدن بحلي من ذهب أو فضة سواء كان كبيراً كالخلخال والسوار أو صغيراً كالخاتم والقرط[(٢)]؛ لما روى أبو داود والنسائي بإسناد حسن أن النبيّ ﷺ قال: «المُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا لَا تَلْبِسُ الحُلِيَّ، وَلَا تَكْتَحِلُ، وَلَا تَخْتَضِبُ» وإنما حرم ذلك لأنه يزيد في حسنها كما قيل: [الطويل]

وَمَا الْحُلِيُّ إِلَّا زِينَةٌ لِنَقِيصَةٍ ... يُتَمِّمُ مِنْ حُسْنٍ إِذَا الْحُسْنُ قَصَّرا

فَأَمَّا إِذَا كَانَ الْجَمَالُ مُوَفَّراً ... كَحُسْنِكِ لَمْ يَحْتَجْ إِلَى أَنْ يُزَوَّرَا

وكذا اللؤلؤ يحرم التزين به في الأصح؛ لأن الزينة فيه ظاهرة؛ أو بثياب مصبوغة لزينة، لحديث أبي داود بإسناد حسن: «المُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا لَا تَلْبَسُ الْمُعَصْفَرَ مِنَ الثِّيَابِ وَلَا المُمَشَّقَةَ، وَلَا الحُلِيَّ، وَلَا تَخْتَضِبُ وَلَا تَكْتَحِلُ»[(٣)] والممشقة المصبوغة

(١) أي مهجورة ومتروكة بسبب الطلاق ونفسها قائمة منه وإذا كانت مجفوّة فلا يطلب لها الإحداد لإعراض الزوج عنها فلا يليق بها أن تحزن عليه بل قد تكثر من التزين لتلتحق بغيره رغماً لأنفه، وفي المثل: من جفاك فاجفه، وعن بعض الأكابر: من لم يتخذك كحلاً لعينيه لا تتخذه نعلاً لقدميك.

(٢) هو على وزن فعل بضم الفاء وسكون العين وجمعه قراط كرمح ورماح وهو حلق يعلق في شحمة الأذن والمراد به هنا الحلق لا بقيده وينبغي أن محل حرمة ذلك ما لم تتضرر بتركه فإن تضررت ضرراً لا يحتمل عادة جاز لها اللبس وقياس ما يأتي في الكحل أنه لا بد في الضرر من إباحته للمتيمم.

(٣) أخرجه أحمد ٦/ ٣٠٢ وأبو داود ٢/ ٧٢٧ (٢٣٠٤) والنسائي (٦/ ٢٠٣).

وَالطِّيبِ.

بالمشق وهي ـ بكسر الميم ـ المغرة، بفتحها، ويقال: طين أحمر يشبهها، ويباح لبس غير مصبوغ من قطن، وصوف، وكتان وإن كان نفيساً وحرير إذا لم يحدث به زينة، ويباح مصبوغ لا يقصد لزينة كالأسود. وكذا الأزرق، والأخضر المشبعان[1] الكدران، لأن ذلك لا يقصد للزينة بل لنحو حمل وسخ أو مصيبة فإن تردد بين الزينة وغيرها كالأخضر والأزرق، فإن كان براقاً صافي اللون حرم لأنه مستحسن يتزين به، أو كدراً أو مشبعاً فلا لأن المشبع من الأخضر والأزرق يقارب الأسود وخرج بقيد البدن تجميل فراش وهو ما ترقد أو تقعد عليه من نطع ومرتبة ووسادة ونحوها، وتجميل أثاث وهو بفتح الهمزة ومثلثتين متاع البيت، فيجوز ذلك، لأن الإحداد في البدن لا في الفراش ونحوه، وأما الغطاء فالأشبه أنه كالثياب ليلاً ونهاراً وإن خصه الزركشي بالنهار (و) الامتناع من استعمال (الطيب). في بدن أو ثوب، لخبر الصحيحين عن أم عطية: «كُنَّا نُنْهَى أَنْ نَحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثٍ إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً، وَأَنْ نَكْتَحِلَ، وَأَنْ نَتَطَيَّبَ، وَأَنْ نَلْبَسَ ثَوْباً مَصْبُوغاً»[2] ويحرم أيضاً استعمال الطيب في طعام وكُحْلٍ غير محرم قياساً على البدن، وضابط الطيب المحرم عليها: كل ما حرم على المحرم، ولكن يلزمها إزالة الطيب الكائن معها حال الشروع في العدة ولا فدية عليها في استعماله، بخلاف المحرم في ذلك واستثني استعمالها عند الطهر من الحيض وكذا من النفاس كما قاله الأذرعي وغيره، قليلاً من قسط أو إظفار وهما نوعان من البخور، ويحرم عليها دهن شعر رأسها ولحيتها إن كانت لها لحية، لما فيه من الزينة، واكتحالها بالإثمد وإن لم يكن فيه طيب، لحديث أم عطية المار، ولأن فيه جمالاً وزينة، وسواء في ذلك البيضاء، وغيرها، أما اكتحالها بالأبيض كالتوتيا فلا يحرم إذ لا زينة فيه، وأما الأصفر ـ وهو الصبر فيحرم على السوداء، وكذا على البيضاء على الأصح، لأنه يحسن العين، ويجوز الاكتحال بالإثمد والصبر لحاجة كرمد فتكتحل ليلاً وتمسحه نهاراً لأنه ﷺ: «أَذِنَ لِأُمِّ سَلَمَةَ فِي الصَّبْرِ لَيْلاً»[3] نعم إن احتاجت إليه نهاراً

---

(١) بفتح الباء أي المشبعان بالصبغ.

(٢) أخرجه البخاري ٩/ ٤٩٢ (٥٣٤٢) ومسلم ٢/ ١١٢٧ (٦٦/ ٩٣٨).

(٣) أبو داود (٢٣٠٤) والنسائي ٦/ ٢٠٣ وانظر التلخيص ٣/ ٢٣٨.

أيضاً جاز، وكذا يحرم عليها طلي الوجه بالإسفيذاج والدمام وهو كما في المهمات بكسر الدال المهملة وبميمين بينهما ألف ما يطلى به الوجه للتحسين المسمى بالحمرة التي يورد بها الخد، والاختضاب بحناء ونحوها فيما يظهر من بدنها كالوجه واليدين والرجلين، ويحرم تطريف أصابعها، وتصفيف شعر طرتها، وتجعيد صدغيها، وحشو حاجبها بالكحل، وتدقيقه بالحف.

تنبيه ـ قد علم من تفسير الإحداد بما ذكر جواز التنظيف بغسل رأس وقلم أظفار واستحداد ونتف شعر إبط وإزالة وسخ ولو ظاهراً، لأن جميع ذلك ليس من الزينة أي الداعية إلى الوطء، وأما إزالة الشعر المتضمن زينة كأخذ ما حول الحاجبين وأعلى الجبهة فتمتنع منه كما بحثه بعضهم، وهو ظاهر وأما إزالة شعر لحية أو شارب نبت لها فيسن إزالته كما قاله النووي، في شرح مسلم، ويحل الامتشاط بلا ترجيل بدهن ونحوه ويجوز بسدر ونحوه، ويحل لها أيضاً دخول حمام إن لم يكن فيه خروج محرم.

ولو تركت المحدة المكلفة الإحداد الواجب عليها كل المدة أو بعضها عصت إن علمت حرمة الترك وانقضت عدتها مع العصيان ولو بلغها وفاة زوجها أو طلاقه بعد انقضاء العدة كانت منقضية، ولا حداد عليها.

ولها إحداد على غير زوج ثلاثة أيام فأقل وتحرم الزيادة عليها بقصد الإحداد فلو تركت ذلك بلا قصد لم تأثم.

وخرج بالمرأة الرجل، فلا يجوز له الإحداد على قريبه ثلاثة أيام لأن الإحداد إنما شرع للنساء لنقص عقلهن المقتضي عدم الصبر.

[القَوْلُ فِيما يَجِبُ عَلَى المُتَوَفَّى عَنْهَا وَالْمَبْتُوتَةِ]

(و) يجب (على المتوفى عنها زوجها) وعلى (المبتوتة) أي المقطوعة عن النكاح ببينونة صغرى أو كبرى إذ البت القطع (ملازمة البيت) أي الذي كانت فيه عند الفرقة بموت أو غيره وكان مستحقاً للزوج لائقاً بها لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ[1] مِنْ

(١) هذه الآية مسوقة في المطلقات ولم يأت الشارح بدليل عنها وقد استدل لها في شرح المنهج بخبر =

إلاَّ لِحَاجَةٍ.

بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] أي بيوت أزواجهن وإضافتها إليهن للسكنى، ﴿وَلاَ يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١] قال ابن عباس وغيره الفاحشة المبينة هي أن تبدو على أهل زوجها أي: تشتمهم وليس للزوج ولا لغيره إخراجها، ولا لها خروج منه وإن رضي به الزوج إلا لعذر كما سيأتي لأن في العدة حقاً لله تعالى، والحق الذي لله تعالى لا يسقط بالتراضي، وخرج بقيد المبتوتة الرجعية فإن للزوج إسكانها حيث شاء في موضع يليق بها وهذا ما في حاوي الماوردي و«المهذب» وغيرها من كتب العراقيين لأنها في حكم الزوجة وبه جزم النووي في «نكته» والذي في «النهاية» وهو مفهوم كلام «المنهاج» كأصله أنها كغيرها وهو ما نص عليه في «الأم» كما قاله ابن الرفعة وغيره، وهو كما قال السبكي أولى لإطلاق الآية، وقال الأذرعي: إنه المذهب المشهور وقال الزركشي: إنه الصواب، ولأنه لا يجوز له الخلوة بها فضلاً عن الاستمتاع فليست كالزوجة ثم استثنى من وجوب ملازمة البيت قوله: (إلا لحاجة) أي فيجوز لها الخروج في عدة وفاة وعدة وطء بشبهة ونكاح فاسد[1] وكذا بائن ومفسوخ

= فريعة بضم الفاء بنت مالك أخت أبي سعيد الخدري «وهو أن زوجها قتل فسألت رسول الله ﷺ أن ترجع إلى أهلها وقالت إن زوجي لم يتركني في منزل يملكه فأذن لها في الرجوع قالت فانصرفت حتى إذا كنت في الحجرة دعاني فقال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله. قالت فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً» صححه الترمذي وغيره اهـ وقوله فأذن لها في الرجوع أي إلى أهلها والظاهر أن هذا كان باجتهاد منه فلما نزل عليه الوحي بخلافه أمرها بالمكث في بيتها الذي كانت فيه وقوله في الحجرة بضم الحاء المهملة وسكون الجيم وهي صحن الدار والمسجد بجوارها وهي محل القبر الشريف الآن. وقوله دعاني أي ناداني وقوله امكثي في بيتك أي الذي فارقني فيه وإذنه ﷺ لها بالمقام فيه مع كونه ملكاً للغير لعله لعلمه بمسامحته. قال الشبراملسي وعلى هذا فإضافته إليها لسكناها فيه وقوله حتى يبلغ الكتاب أي المكتوب وهو العدة.

(١) فيه أن هذين لم يدخلا في قوله وعلى المتوفى عنها والمبتوتة حتى يشملهما قوله إلا لحاجة وهذا الكلام سرى له من شرح الروض لأنه ذكرهما فيما سبق حيث قال ومثلهما المعتدة عن وطء شبهة أو نكاح فاسد وإن لم تستحق السكنى على الواطىء والناكح اهـ بالحرف وكتب بعضهم قوله وعدة وطء شبهة وهذا زائد على ما نحن فيه لأن الكلام في المفارقة إلا أن يتصوّر بما إذا وطئت بشبهة في العدة وحملت من وطء الشبهة فإنها تنقطع عدة النكاح وتشرع في عدة الشبهة فحينئذ يجوز لها الخروج.

. . . .

نكاحها، وضابط ذلك كل معتدة لا تجب نفقتها ولم يكن لها من يقضيها حاجتها لها الخروج في النهار لشراء طعام وقطن وكتان وبيع غزل ونحوه للحاجة إلى ذلك أما من وجبت نفقتها من رجعية أو بائن حامل مستبرأة[١] فلا تخرج إلا بإذن أو ضرورة كالزوجة لأنهن مكتفيات بنفقة أزواجهن وكذا لها الخروج لذلك ليلاً إن لم يمكنها نهاراً. وكذا إلى دار جارتها لغزل وحديث ونحوها للتأنس ولكن بشرط أن ترجع وتبيت في بيتها.

تنبيه ـ اقتصر المصنف على الحاجة إعلاماً بجوازه للضرورة من باب أولى كأن خافت على نفسها تلفاً أو فاحشة أو خافت على مالها أو ولدها من هدم أو غرق فيجوز لها الانتقال للضرورة الداعية إلى ذلك، وعلم من كلامه كغيره وتحريم خروجها لغير حاجة، وهو كذلك كخروجها لزيارة وعيادة واستنماء مال تجارة ونحو ذلك.

تتمة ـ لو أحرمت بحج أو قران بإذن زوجها أو بغير إذن ثم طلقها أو مات، فإن خافت الفوات لضيق الوقت جاز لها الخروج معتدة لتقدم الإحرام، وإن لم تخف الفوات لسعة الوقت جاز لها الخروج إلى ذلك أيضاً لما في تعيين الصبر من مشقة مصابرة الإحرام وإن أحرمت بعد أن طلقها أو مات بحج أو عمرة أو بهما امتنع عليها الخروج سواء أخافت الفوات أم لا، فإذا انقضت العدة أتمت عمرتها أو حجها إن بقي وقته، وإلا تحللت بأفعال عمرة ولزمها القضاء ودم الفوات، ويكتري الحاكم من مال مطلق لا مسكن له مسكناً لمعتدته لتعتد فيه إن فقد متطوع به، فإن لم يكن له مال اقترض عليه الحاكم، فإن أذن لها الحاكم أن تقترض على زوجها أو تكتري المسكن من مالها جاز وترجع به، فإن فعلته بقصد الرجوع بلا إذن الحاكم نظر، فإن قدرت على استئذانه أو لم تقدر ولم تشهد لم ترجع، وإن لم تقدر وأشهدت رجعت.

---

(١) ذكرها استطرادي لأن الكلام في الأحرار لا في الإماء إلا أن يصوّر بما يأتي في الاستبراء إذا كان لزوجته ولد مِّن غيره ومات فإنه يستبرى زوجته بحيضة لعلها تكون حاملاً بولد فيكون أخاً للميت فيرث منه السدس. وفي التصوير نظر لأنها ليست مفارقة وبعضهم صورّها بما ' وطىء أمة غيره يظن أنها أمته فإنها يجب عليها الاستبراء بحيضة أي يجب على سيدها لكن نظر أيضاً لأن الكلام في الحرائر لا في الإماء.

فَصْــلٌ

وَمَنِ اسْتَحْدَثَ مِلْكَ أَمَةٍ حَرُمَ عَلَيْهِ الاسْتِمْتَاعُ بِها حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا:

فَصْــلٌ فِي أَحْكَامِ الِاسْتِبْرَاءِ[1]

هو ـ بالمد ـ لغة: طلب البراءة، وشرعاً: تربص الأمة مدة بسبب حدوث ملك اليمين أو زواله أو حدوث حل كالمكاتبة والمرتدة لمعرفة براءة الرحم أو للتعبد.

وهذا الفصل مقدم في بعض النسخ على الذي قبله، وموضعه هنا أنسب، وخص هذا بهذا الاسم لأنه قدر بأقل ما يدل على براءة الرحم من غير تكرر وتعدد، وخص التربص بسبب النكاح باسم العدة اشتقاقاً من العدد، والأصل في الباب ما سيأتي من الأدلة.

(ومن استحدث) أي حدث له (ملك أمة) ولو ممن لا يمكن جماعه كالمرأة والصبي ولو مستبرأة قبل ملكه، بشراء أو إرث أو هبة أو رد بعيب أو إقالة أو تحالف أو قبول وصية أو سبي أو نحو ذلك (حرم عليه) فيما عدا المسبية (الاستمتاع بها) بكل نوع من أنواعه حتى النظر بشهوة (حتى يستبرئها) بما سيأتي لاحتمال حملها.

أما المسبية التي وقعت في سهمه من الغنيمة فيحل له منها غير وطء من أنواع الاستمتاعات لمفهوم قوله ﷺ في سبايا أوطاس «أَلَا لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ وَلَا غَيْرُ ذَاتِ حَمْلٍ حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً» وقاس الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه المسبية بجامع حدوث الملك.

وأخذ من الإطلاق في المسبية: أنه لا فرق بين البكر وغيرها وألحقت من لم تحض أو أيست بمن تحيض في اعتبار قدر الحيض والطهر غالباً وهو شهر كما سيأتي.

ولما روى البيهقي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنه قال: وقعت في سهمي جارية من سبي جلولاء فنظرت إليها فإذا عنقها مثل إبريق الفضة فلم أتمالك أن قبلتها والناس ينظرون ولم ينكر أحد عليَّ من الصحابة.

---

(١) ذكره بعد ما يتعلق بالحرائر لأن ما يتعلق بهنّ أشرف مما يتعلق بالإماء.

إِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْحَيْضِ بِحَيْضَةٍ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الشُّهُورِ بِشَهْرٍ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْحَمْلِ بِالْوَضْعِ

وجَلولاء ـ بفتح الجيم والمد ـ قرية من نواحي فارس، والنسبة إليها جلولي على غير قياس فتحت يوم اليرموك سنة سبع عشرة من الهجرة فبلغت غنائمها ثمانية عشر ألفا.

وفارقت المسبية غيرها بأن غايتها أن تكون مستولدة حربي، وذلك لا يمنع الملك، وإنما حرم وطؤها صيانة لمائه لئلا يختلط بماء حربي، لا لحرمة ماء الحربي ثم (إن كانت) أي الأمة التي يجب استبراؤها (من ذوات الحيض) فاستبراؤها يحصل (بحيضة) واحدة بعد انتقالها إليه. الجديد للخبر السابق، فلا يكفي بقية الحيضة التي وجد السبي في أثنائها، وننتظر ذات الأقراء الكاملة إلى سن اليأس كالمعتدة وإنما لم يكتف ببقية الحيضة كما اكتفى ببقية الطهر في العدة لأن بقية الطهر تستعقب الحيضة الدالة على البراءة وهذا يستعقب الطهر، ولا دلالة على البراءة (وإن كانت من ذوات الشهور) لصغر أو يأس فاستبراؤها يحصل (بشهر) فقط، فإنه كقرء في الحُرَّة فكذا في الأمة والمتحيرة تستبرأ بشهر أيضاً (وإن كانت من ذواتِ الحمل) ولو من زنا فاستبراؤها يحصل (بوضعه) لعموم الحديث السابق، ولأن المقصود معرفة براءة الرحم وهي حاصلة بذلك.

تنبيه ـ لو مضى زمن استبراء على أمة بعد الملك وقبل القبض حسب زمنه إن ملكها بإرث لأن الملك بذلك مقبوض حكماً وإن لم يحصل القبض حساً بدليل صحة بيعه، وكذا إن ملكت بشراء ونحوه من المعاوضات بعد لزومها لأن الملك لازم فأشبه ما بعد القبض أما إذا جرى الاستبراء في زمن الخيار فإنه لا يعتد به لضعف الملك، ولو وهبت له وحصل الاستبراء بعد عقدها وقبل القبض لم يعتد به، لتوقف الملك فيها على القبض، ولو اشترى أمة مجوسية أو نحوها كمرتدة فحاضت أو وجد منها ما يحصل به الاستبراء من وضع حمل أو مضي شهر لغير ذوات الأقراء ثم أسلمت بعد انقضاء ذلك أو في أثنائه لم يكف هذا الاستبراء في الأصح، لأنه لا يستعقب حل الاستمتاع الذي هو القصد من الاستبراء.

وَإِذَا مَاتَ سَيِّدُ أُمِّ الْوَلَدِ اسْتَبْرَأَتْ نَفْسَهَا كَالأَمَةِ.

فروع[١] ـ يجب الاستبراء في مكاتبة كتابة صحيحة فسختها بلا تعجيز أو عجزت بتعجيز السيد لها عند عجزها عن النجوم لعود ملك التمتع بعد زواله، فأشبه ما لو باعها ثم اشتراها. أما الفاسدة فلا يجب الاستبراء فيها كما قاله الرافعي في بابه، وكذا يجب استبراء أمة مرتدة عادت إلى الإسلام لزوال ملك الاستمتاع ثم أعادته فأشبه تعجيز المكاتبة، وكذا لو ارتد السيد ثم أسلم فإنه يلزمه الاستبراء أيضاً لما ذكر، ولو زوج السيد أمته ثم طلقها الزوج قبل الدخول وجب الاستبراء لما مر وإن طلقها بعد الدخول فاعتدت لم يدخل الاستبراء في العدة بل يلزمه أن يستبرئها بعد انقضاء عدتها، ولا يجب استبراء أمة حلت من حيض أو نفاس أو صوم واعتكاف وإحرام لأن حرمتها بذلك لا تخل بالملك بخلاف الكتابة والردة، ولو اشترى زوجته الأمة استحب له استبراؤها ليتميز ولد الملك عن ولد النكاح، لأنه بالنكاح ينعقد الولد رقيقاً ثم يعتق فلا يكون كُفْأً لحرة أصلية ولا تصير به أم ولد وبملك اليمين ينعكس الحكم.

(وإذا مات سيد أم الولد) أو أعتقها وهي خالية من زوج أو عدة (استبرأت نفسها) وجوباً (كالأمة) على حكم التفصيل المتقدم فيها فلو كانت في نكاح أو عدة وقت موت السيد أو عتقه لها لم يلزمها استبراء على المذهب لأنها ليست فراشاً للسيد بل للزوج فهي كغير الموطوءة ولأن الاستبراء لحل الاستمتاع، وهما مشغولتان بحق الزوج ولو أعتق مستولدته فله نكاحها بلا استبراء في الأصح، كما يجوز له أن ينكح المعتدة منه لأن الماء لواحد.

تتمة ـ لو طىء أمة شريكان في حيض أو طهر ثم باعاها أو أرادا تزويجها أو وطىء اثنان أمة رجل يظنها أمته وأراد الرجل تزويجها وجب استبراءان كالعدتين من شخصين، ولو باع جارية لم يقر بوطئها فظهر بها حمل وادعاه فالقول قول المشتري

---

(١) أي سبعة وغرضه بذلك بيان السبب الثالث وهو حدوث حل التمتع بعد زواله وأما السببان الآخران فذكرهما المتن الأوّل في قوله ومن استحدث الخ والثاني في قوله وإذا مات سيد أم الولد الخ وبقي سببان آخران روم أي قصد الزويج أي إن أراد تزويج أمته الموطوءة عليه استبراؤها والثاني الظن إذا وطىء أمة غيره يظنها زوجته الأمة فتستبرأ بقرء.

فَصْــلٌ

وَإِذَا أَرْضَعَتِ الْمَرْأَةُ بِلَبَنِها وَلَداً صَارَ الرَّضِيعُ وَلَدَهَا

بيمينه أنه لا يعلمه أنه منه ويثبت نسب البائع على الأوجه من خلاف فيه، إذ لا ضرر على المشتري في المالية، والقائل بخلافه علل بأن ثبوته يقطع إرث المشتري بالولاء، فإن أقر بوطئها وباعها نظر، فإن كان ذلك بعد استبرائها فأتت بولد لدون ستة أشهر من استبرائها منه لحقه وبطل البيع لثبوت أمية الولد، وإن ولدته لستة أشهر فأكثر فالولد مملوك للمشتري إن لم يكن وطئها وإلا فإن أمكن كونه منه بأن ولدته لستة أشهر فأكثر من وطئه لحقه وصارت الأمة مستولدة له وإن لم يكن استبرأها قبل البيع فالولد له إن أمكن كونه منه إلا إن وطئها المشتري وأمكن كونه منهما فتعرض على القائف، ولو زوج أمته فطلقت قبل الدخول وأقر السيد بوطئها. فولدت ولداً لزمن يحتمل كونه منهما لحق السيد عملاً بالظاهر وصارت أم ولد للحكم بلحوق بملك اليمين.

فَصْــلٌ فِي الــرَّضَاعِ

هو ـ بفتح الراء ويجوز كسرها وإثبات التاء معهما ـ لغة: اسم لمص الثدي وشرب لبنه، وشرعاً: اسم لحصول لبن امرأة أو ما يحصل منه في معدة طفل أو دماغه.

والأصل في تحريمه قبل الإجماع: الآية والخبر الآتيان:

وأركانه ثلاثة: مرضع ورضيع ولبن.

وقد شرع في الركن الأول فقال: (وإذا أرضعت المرأة) أي الآدمية خلية كانت أو مزوجة الحية حياة مستقرة، حال انفصال لبنها بلغت تسع سنين قمرية، تقريباً وإن لم يحكم ببلوغها بذلك (بلبنها) ولو متغيراً عن هيئة انفصاله عن الثدي بحموضة أو غيرها كحمرة ثم أشار إلى الركن الثاني بقوله: (ولداً صار الرضيع ولدها) من الرضاع.

[القَوْلُ فِيما يَخْرُجُ بِالْمَرْأَةِ ثَلاَثَةُ أُمُورٍ]

أحدها ـ الرجل فلا تثبت حرمة بلبنه على الصحيح، لأنه ليس معداً للتغذية فلم

بِشَرْطَيْنِ:

يتعلق به التحريم كغيره من المائعات لكن يكره له ولفرعه نكاح من ارتضعت منه كما نص عليه في الأم والبويطي.

ثانيها: الخنثى المشكل، والمذهب توقفه إلى البيان فإن بانت أنوثته حرم وإلا فلا، ولو مات قبله لم يثبت التحريم، فللرضيع نكاح أم الخنثى ونحوها كما نقله الأذرعي عن المتولي.

ثالثها: البهيمة فلو ارتضع صغيران من شاة مثلاً لم يثبت بينهما أخوة فتحمل مناكحتهما، لأن الأخوة فرع الأمومة فإذا لم يثبت الأصل لم يثبت الفرع.

وخرج بآدمية: ـ ولو عبر بها بدل المرأة كما عبر به الشافعي رضي الله تعالى عنه لكان أولى ـ الجِنِيَّة إن تصور إرضاعها بناء على عدم صحة مناكحتهم وهو الراجح، لأن الرضاع تلو النسب بدليل: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ» والله تعالى قطع النسب بين الجن والإنس، وخرج بقوله بالحية لبن الميتة فإنه لا يحرم لأنه من لبن جثة منفكة عن الحل والحرمة كالبهيمة خلافاً للأئمة الثلاثة[1]، وباستكمال تسع سنين تقريباً ما لو ظهر لصغيرة دون ذلك لبن وارتضع منه طفل فلا يثبت به تحريم، ولو حلب لبن المرأة المذكورة قبل موتها وأوجر لطفل حرم لانفصاله منها في الحياة.

ثم أشار إلى ما يشترط في الرضيع بقوله: (بشرطين) وترك ثالثاً أو رابعاً كما ستراه.

---

(١) أي في لبن الميتة حيث قالوا إنه يحرّم لأن اللبن لا يموت كلبن موضوع في ظرف نجس لأن الميت عندهم ينجس بالموت، واحتج الأصحاب بما قاله الشارح وبأن اللبن ضعفت حرمته بموت أصله ألا ترى أنه يسقط حرمة الأعضاء فلا غرم في قطعها وبأن أحكام فعله سقطت بالموت بدليل عدم الضمان لو سقط على شيء بخلاف النائم. وبأن الحرمة المؤبدة تختص ببدن الحيّ ولذا لا تثبت المصاهرة بوطء الميتة وبأن وصوله إلى الميت لا يؤثر فكذا انفصاله قياساً لأحد الطرفين على الآخر، وفرق بعضهم بأن لبن الحية حلال محترم ومراده أنه يصح الاستئجار لإرضاعه ولا كذلك الميتة.

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ لَهُ دُونَ الْحَوْلَيْنِ،

(أحدهما: أن يكون له دون الحولين) لخبر: «لاَ رَضَاعَ إِلاَّ مَا كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ»[١] رواه الدارقطني[٢] وغيره، فإن بلغهما[٣] وشرب بعدهما لم يحرم ارتضاعه قال في «الروضة»: ويعتبر الحولان بالأهلة، فإن انكسر[٤] الشهر الأول تمم العدد ثلاثين يوماً من الشهر الخامس والعشرين وذلك لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ

(١) قال أبو حنيفة مدة الرضاع ثلاثون شهراً لقوله تعالى ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾ وحمله الجمهور على أن أقل مدة الحمل وأكثر مدة الرضاع لأن مدة الحمل داخلة فيه وأقله ستة أشهر. وخبر مسلم في سالم الذي أرضعته زوجة مولاه أبي حذيفة وهو رجل ليحل له نظرها بإذنه ﷺ خاص به أو منسوخ كما مال إليه ابن المنذر اهـ. وحاصل قصة سالم أنه كان مولى لأبي حذيفة وكان يكثر الدخول على زوجة سيده أبي حذيفة نيقع في النظر إليها وهو رجل فشكت ذلك للنبيّ ﷺ فأمرها بأن ترضعه ليصير ابنها فيحل له نظرها والدخول عليها ففعلت ذلك. قال ع ش في حاشيته على م ر: وقد تشكل قصة سالم بأن المحرمية المجوّزة للنظر إنما تحصل بتمام الخامسة فهي قبلها أجنبية يحرم نظرها ومسها فكيف جاز لسالم الارتضاع منها المستلزم عادة اللمس والنظر قبل تمام الخامسة إلا أن يكون ارتضع منها مع الاحتراز عن المس والنظر بحضرة من تزول الخلوة بحضوره أو تكون قد حلبت خمس مرات في إناء وشرب منه أو جوّز له النظر ولها النظر والمس إلى تمام الرضاع خصوصية لهما كما خص بتأثير هذا الرضاع.

(٢) أخرجه الدارقطني ٤/ ١٧٤ والبيهقي ٧/ ٤٦٢.

(٣) تعارض هذا مع كلام المتن فيما إذا كان الشرب مع تمام السنين فكلام المتن يقتضي عدم التحريم، وقول الشارح فإن بلغهما مقتضى التحريم وهو المعوّل عليه. وقوله يقتضي التحريم لأن قوله وشرب بعدهما يقتضي أن الخامسة المقارنة لتمام الحولين تحرّم.

(٤) هل العبرة في الانكسار بمجرد التقام الثدي وبمصه مثلاً أو بوصول شيء من اللبن إلى المعدة أو الدماغ حتى لو وقع الالتقام والمصّ مع ابتداء الشهر لكن لم يصل اللبن إلى ما ذكر إلا بعد مضيّ جزء منه حصل الانكسار فيه نظر والأظهر أن المراد الثاني لأن الوصول هو المؤثر إلى ما ذكر لا غير اهـ سم وهو ظاهر لا إشكال فيه وذلك لأن فرض المسألة في وضع الثدي في فم الطفل وتأخر وصول اللبن إلى الجوف أو الدماغ زمناً بعد انفصال جميعه فهل العبرة بهذا الوضع أو بوصول اللبن إلى ما ذكر استظهر اسم الوصول وليس الكلام في شرب الطفل قبل تمام انفصاله من الفرج أو بعده خلافاً لما سبق إليه فهم الشيخ المدابغي فأشكل عليه الحال تأمل.

وَالثَّانِي: أَنْ تُرْضِعَهُ خَمْسَ رَضَعَاتٍ

حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] جعل الله سبحانه وتعالى تمام الرضاع في الحولين فافهم[١] بأن الحكم بعد الحولين بخلافه.

تنبيه ـ ابتداء الحولين من تمام انفصال الرضيع كما في نظائره فإن ارتضع قبل تمامه لم يؤثر، وظاهر كلام المصنف أنه لو تم الحولان في الرضعة الخامسة حرم، وهو المذهب كما في التهذيب، وجرى عليه ابن المقري، وإن كان ظاهر نص الأم وغيره: عدم التحريم، لأن ما يصل إلى الجوف، في كل رضعة غير مقدر كما قالوا: لو لم يحصل في جوفه إلا خمس قطرات في كل رضعة قطرة حرم.

(و) الشرط (الثاني أن ترضعه خمس رضعات) لما روى مسلم عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ: «كَانَ فِيمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِي الْقُرْآنِ: عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحَرِّمْنَ فَنُسِخْنَ بِخَمْسٍ مَعْلُومَاتٍ فَتُوُفِّيَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ وَهُنَّ فِيمَا يُقْرَأُ مِنَ الْقُرْآنِ»[٢] أي يتلى حكمهن أو يقرأهن من لم يبلغه النسخ وقيل: تكفي رضعة واحدة

---

(١) لكن قد يقال لا دلالة لهذه الآية على أن اللبن لا يحرّم إلا إذا كان الرضيع دون الحولين مع أنه هو المقصود. وقال طاوس كان لهنّ أي لأزواج المصطفى ﷺ رضعات معلومات ولسائر النساء أي باقيهنّ رضعات معلومات وورد أنها عشر رضعات لهنّ ولغيرهنّ خمس رضعات مشبعات وهذا مما تفرّد به طاوس ولم يتابعوه عيه روى أحمد ومسلم والأربعة عن عائشة والنسائي وابن حبان عن الزبير بن العوام «لا تحرّم المصة ولا المصتان، وفي رواية: الرضعة ولا الرضعتان» قال الشافعي دلّ الحديث على أن التحريم لا يكفي فيه أقل اسم الرضاع واكتفى به الحنفية والمالكية فحرموا برضعة واحدة تمسكاً بإطلاق آية ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾ قال القاضي: ويجاب عن الآية بأن الحرمة فيها مرتبة على الأمومة والأخوّة من جهة الرضاع وليس فيها دلالة على أنهما يحصلان برضعة واحدة اهـ وروى عبد الرزاق بإسناد صحيح عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت «لا يحرم دون خمس رضعات معلومات» وبه أخذ الشافعي وهو إحدى روايتين عن أحمد والحديث الأوّل ورد مثالاً لما دون الخمس وإلا فالتحريم بالثلاثة التي ذهب إليها داود إنما يؤخذ منه بالمفهوم ومفهوم العدد ضعيف على أنه قد عارضه مفهوم حديث الخمس فيرجع إلى الترجيح بين المفهومين وحديث الخمس جاء من طرق صحيحة لكن فيه اضطراب ذكره ابن حجر.

(٢) أخرجه مسلم ٢/ ١٠٧٥ (٢٤/ ١٤٥٢).

مُتَفَرِّقَاتٍ

وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والخمس رضعات: ضبطهن بالعرف إذ لا ضابط لها في اللغة ولا في الشرع فرجع فيها إلى العرف كالحرز في السرقة فما قضى بكونه رضعة أو رضعات اعتبر وإلا فلا ولا خلاف في اعتبار كونها (متفرقات) عرفاً فلو قطع الرضيع الارتضاع بين كل من الخمس إعراضاً عن الثدي تعدد عملاً بالعرف، ولو قطعت عليه المرضعة لشغل وأطالته ثم عاد تعدد كما في أصل الروضة، لأن الرضاع يعتبر فيه فعل المرضعة والرضيع على الانفراد بدليل ما لو ارتضع من امرأة نائمة أو أجرعته لبناً وهو نائم وإذا ثبت ذلك وجب أن يعتد بقطعها كما يعتد بقطعه، ولو قطعه للهو أو نحوه كنومة خفيفة أو تنفس أو ازدراد ما جمعه من اللبن في فمه وعاد في الحال لم يتعدد بل الكل رضعة واحدة، فإن طال لهوه أو نومه فإن كان الثدي في فمه فرضعة وإلا فرضعتان، ولو تحول الرضيع بنفسه أو بتحويل المرضعة في الحال من الثدي إلى ثدي أو قطعته المرضعة لشغل خفيف ثم عادت لم يتعدد حينئذ، فإن لم يتحول في الحال تعدد الإرضاع ولو حلب منها لبن دفعة ووصل إلى جوف الرضيع أو دماغه بإيجار أو إسعاط أو غير ذلك في خمس مرات أو حلب منها خمس مرات وأوجر به الرضيع دفعة فرضعة واحدة في الصورتين، اعتباراً في الأولى: بحالة الانفصال من الثدي وفي الثانية: بحال وصوله إلى جوفه دفعة واحدة، ولو شك في رضيع هل رضع خمساً[١] أو أقل أو هل رضع في الحولين أو بعدهما، فلا تحريم لأن الأصل عدم ما ذكر ولا يخفى الورع.

والشرط الثالث: وصول اللبن في الخمس إلى المعدة، فلو لم يصل إليها فلا تحريم، ولو وصل إليها وتقايأه ثبت التحريم.

والشرط الرابع: كون الطفل حياً كما في الروضة فلا أثر للوصول إلى معدة الميت.

---

(١) قال بعضهم: والحكمة في كون التحريم بخمس رضعات أن الحواس التي هي سبب الإدراك خمس وفي هذه الحكمة نظر لأن كون الحواس خمس لا يصلح حكمة لكون التحريم بخمس ويمكن توجيهها بأن كل رضعة محرمة لحاسة من الحواس.

وَيَصِيرُ زَوْجُهَا أَباً لَهُ، وَيَحْرُمُ عَلَى الْمُرْضِعِ التَّزْوِيجُ إِلَيْها وَإِلَى كُلِّ مَنْ نَاسَبَهَا وَيَحْرُمُ عَلَيْهَا التَّزْوِيجُ إِلَى الْمُرْضَعِ وَوَلَدِهِ، دُونَ مَنْ كَانَ فِي دَرَجَتِهِ أَوْ أَعْلَى

واعلم أن الحرمة تنتشر من المرضعة والفحل إلى أصولهما وفروعهما وحواشيهما، ومن الرضيع إلى فروعه فقط إذا علمت ذلك ووجدت الشروط المذكورة فتصير المرضعة بذلك أمه (ويصير زوجها) الذي ينسب إليه الحمل بنكاح أو وطء شبهة (أباً له) لأن الرضاع تابع للنسب، أما من لم ينسب إليه الحمل كالزاني فلا يثبت به حرمة من جهته، وتنتشر الحرمة من الرضيع إلى أولاده فقط سواء كانوا من النسب أم من الرضاع، فلا تسري الحرمة إلى آبائه وإخوته فلأبيه وأخيه نكاح المرضعة وبناتها ولزوج المرضعة أن يتزوج بأم طفل وأخته، ويصير آباء المرضعة من نسب أو رضاع أجداداً للرضيع لما مَرَّ وأولادها من نسبٍ أو رضاع إخوته وأخواته لما مرَّ من أن الحرمة تنتشر إلى أصولها، وتصير أمهاتها من نسب أو رضاع جداته لما مر، وأولادها نسب أو رضاع أخواته لما مر أن الحرمة تنتشر إلى فروعهما وتصير إخوتها وأخواتها من نسب أو رضاع أخواله وخالاته لما مر من أن الحرمة تسري إلى حواشيهما.

وإذا علمت ذلك فيمتنع عليه أن يتزوج بها كما يشير إلى ذلك قوله (ويحرم على المُرضَعِ) بفتح الضاد اسم مفعول (التزويج إليها) أي المرضعة لأنها أمة من الرضاعة فتحرم عليه بنص القرآن (و) تنتشر الحرمة منها (إلى كل من ناسبها) أي من انتسب إليه أو انتسب إليها من الفروع.

تنبيه ـ كان الأولى أن يقول «إلى كل من تنتمي إليه أو ينتمي إليها بنسب أو رضاع» لما مر من الضابط.

(ويحرم عليها) أي المرضعة (التزويج إليه) أي الرضيع لأنه ولدها وهذا معلوم لكن ذكره المصنف توضيحاً للمبتدىء ليفيد أن الحرمة المنتشرة منها ليست كالحرمة المنتشرة منه فإن الحرمة التي منها منتشرة إلى ما تقدم بيانه والحرمة التي منه منتشرة إليه (و) إلى (ولده) الذكر وإن سفل من نسب أو رضاع لأنهم أحفادها (دون من كان في درجته) أي الرضيع كأخيه فلا يحرم عليها تزويجه لما مر من أن الحرمة لا تنتشر إلى حواشيه وعطف المصنف على الجملة المنفية قوله (أو أعلى) أي ودون من كان

طَبَقَةً مِنْهُ

أعلى (طبقة منه) أي الرضيع كآبائه، فلا يحرم عليها تـزوج أحد أبويه لما مر أن الحرمة لا تنتشر إلى آبائه، وتقدم في فصل محرمات النكاح ما يحرم بالنسب والرضاع فارجع إليه.

تتمـة ـ لو كان لرجل خمس مستولدات أو له أربع نسوة دخل بهن وأم ولد فرضع طفل من كل رضعة ولو متوالياً صار ابنه[1] لأن لبن الجميع منه فيحرمن على الطفل لأنهن موطوءات أبيه، ولو كان لرجل بدل المستولدات بنات أو أخوات فرضع طفل من كل رضعة فلا حرمة بين الرجل والطفل لأن الجدودة للأم[2] في الصورة الأولى والخؤولة في الصورة الثانية إنما يثبتان بتوسط الأمومة ولا أمومة هنا ويثبت الرضاع بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو بأربع نسوة لاختصاص النساء بالاطلاع عليه غالباً، هذا إذا كان الإرضاع من الثدي، أما إذا كان بالشرب من إناء أو كان بإيجار فلا تقبل فيه شهادة النساء المتمحضات[3] لأنهن لا اختصاص لهن بالاطلاع عليه، وأما الإقرار بالإرضاع فلا بد فيه من رجلين لاطلاع الرجل عليه غالباً.

---

(١) أي فيحرم على الرضيع كل من ينتمي إلى الرجل من أصول وفروع وحواش من نسب أو رضاع وأما النساء التي ارتضع منهنّ فيحرمن عليه فقط لا من جهة الرضاع بل من جهة أنهنّ موطوءات أبيه ولا يحرم عليه من انتمى لهنّ من أصول وفروع وحواش وفي هذه الصورة يقال اللبن له أب وليس له أم، وهو الغالب اهـ وفي س ل لو نزل لبكر لبن وتزوّجت وحبلت من الزوج فاللبن لها للزوج ما لم تلد ولا أب للرضيع فإن ولدت منه فاللبن بعد الولادة له اهـ فعلم من هذا ومن قول الشارح لو كان لرجل خمسة مستولدات الخ أن كلاً من أبوّة الرضاع وأمومته قد ينفرد عن الآخر وعبارة ع ش على م ر قضية كلام المصنف أنه لو ثار للمرأة لبن قبل أن يصيبها الزوج أو بعد الإصابة ولم تحبل ثبوت الرضاع في حقها دون الزوج وبه جزم القاضي حسين فيما قبل الإصابة وقال فيما بعدها وقبل الحمل المذهب ثبوته في حقها دونه.

(٢) عبارة شرح المنهج لأنها لو ثبتت لكان الرجل جد الأم أو خالاً والجدودة للأم الخ.

(٣) لو أسقطه لكان مستقيماً لاقتضائه قبول شهادة رجل وامرأتين في الحالة المذكورة وليس كذلك كما سيأتي في كلامه في الشهادات.

فصل

وَنَفَقَةُ العَمُودَيْن مِنَ الأَهْلِ وَاجِبَةٌ لِلْوَالِدِينَ وَالْمَوْلُودين،

فَصْلٌ فِي نَفَقَةِ القَرِيبِ وَالرَّقِيقِ وَالْبَهَائِم(١)

وجمعها المصنف في هذا الفصل لتناسبها في سقوط كل منها بمضي الزمان ووجوب الكفاية من غير تقدير.

ثم شرع في القسم الأول ـ وهو نفقة القريب والمراد به الأصل والفرع ـ فقال: (ونفقة الوالدين) من ذكور وإناث الأحرار (و) نفقة (المولودين) كذلك بخفض ما قبل علامة الجمع فيها كل منهما (واجبة) على الفروع للأصول وبالعكس بشرط الآتي:

والأصل في الأول من جهة الأب والأم قوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً﴾ [لقمان: ١٥] ومن المعروف القيام بكفايتهما عند حاجتهما وخبر: «أَطْيَبُ مَا يَأْكُلُ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ، وَوَلَدُهُ مِنْ كَسْبِهِ، فَكُلُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ» رواه الحاكم وصححه قال ابن المنذر: وأجمعوا على أن نفقة الوالدين اللذين لا كسب لهما ولا مال واجبة في مال الولد، والأجداد والجدات ملحقون بهما إن لم يدخلوا في عموم ذلك، كما ألحقوا بهما في العتق بالملك وعدم القود وردّ الشهادة وغيرها.

وفي الثاني قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] إذ إيجاب الأجرة لإرضاع الأولاد يقتضي إيجاب مؤنتهم، وقوله ﷺ لهند: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ» رواه الشيخان، والأحفاد ملحقون بالأولاد إن لم يتناولهم إطلاق ما تقدم.

ولا يضر فيما ذكر اختلاف الدين فيجب على المسلم منهما نفقة الكافر المعصوم وعكسه لعموم الأدلة ولوجود الموجب ـ وهو البعضية كالعتق وردّ الشهادة.

---

(٤) ذكرها عقب الرضاع لأن أجرة الإرضاع من جملة نفقة القريب وبعضهم ذكر نفقة الزوجة عقب الرضاع لأن الغالب أن الذي يتعاطى الإرضاع هو الزوجة ولأن نفقة الزوجة أهم من نفقة القريب من جهة أنها تقدم عليها ولا تسقط بمضيّ الزمان ومقدّرة بقدر محدود.

فَأَمَّا الْوَالِدُونَ فَتَجِبُ نَفَقَتُهُمْ بِشَرْطَيْنِ: الْفَقْرُ وَالزَّمَانَةُ، أَوِ الْفَقْرُ وَالْجُنُونُ،

فإن قيل: هلا كان ذلك كالميراث.

أجيب بأن الميراث مبني على المناصرة وهي مفقودة عند اختلاف الدين وخرج بالأصول والفروع غيرها من سائر الأقارب كالأخ والأخت والعم والعمة، وبالأحرار الأرقاء فإن لم يكن الرقيق مبعضاً ولا مكاتباً فإن كان منفقاً عليه فهي على سيده وإن كان منفقاً فهو أسوأ حالاً من المعسر والمعسر لا تجب عليه نفقة قريبه.

وأما المبعض فإن كان منفقاً فعليه نفقة تامة لتمام ملكه فهو كحر الكل، وإن كان منفقاً عليه فتبعض نفقته على القريب والسيد بالنسبة لما فيه من رق وحرية.

وأما المكاتب فإن كان منفقاً عليه فلا يلزم قريبه نفقته لبقاء أحكام الرق عليه بل نفقته من كسبه فإن عجز نفسه فعلى سيده وإن كان منفقاً فلا تجب عليه، لأنه ليس أهلاً للمواساة.

وخرج بالمعصوم غيره من مرتد وحربي[١] فلا تجب نفقته إذ لا حرمة له.

[القَوْلُ فِي شُرُوطِ نَفَقَةِ الأُصُولِ]

ثم ذكر المصنف شرطين آخرين بقوله (فأما الوالدون فتجب نفقتهم) على الفروع (بشرطين) أي بأحد شرطين[٢] (الفقر والزمانة) وهي ـ بفتح الزاي ـ الابتلاء والعاهة (أو الفقر والجنون) لتحقق الاحتياج حينئذ فلا تجب للفقراء الأصحاء ولا للفقراء العقلاء، إذا كانوا ذوي كسب، لأن القدرة بالكسب كالقدرة بالمال فإن لم يكونوا ذوي كسب وجبت نفقتهم على الفرع على الأظهر في الروضة وزوائد المنهاج

---

(١) أي وتارك صلاة بعد أمر الإمام بخلاف الزاني المحصن والفرق أنهم يقدرون على العصمة بالإسلام وفعل الصلاة وأما الزاني فليس قادراً على عصمة نفسه بل متى زنى وهو محصن صار مهدداً وإن كان بعد ذلك على أحسن الطريق وأقومها.

(٢) تعبيره بالأحد كتعبير المصنف بأو وبه يعلم أن المراد بالشرط مجموع أمرين الفقر مع أحد الأمرين ولا يخفى ما في كلامه هنا وفيما بعده من التسامح.

وَأَمَّا المَوْلُودُونَ فَتَجِبُ نَفَقَتُهُمْ بِثَلَاثَةِ شَرَائِطَ: الْفَقْرُ وَالصِّغَرُ، أَوِ الْفَقْرُ وَالزَّمَانَةُ أَوِ الْفَقْرُ وَالْجُنُونُ.

لأن الفرع مأمور بمعاشرة أصله بالمعروف وليس منها تكليفه الكسب مع كبر السِّنِّ وكما يجب الإعفاف ويمتنع القصاص.

ثم ذكر شروط زائدة على ما تقدم في المولودين بقوله (وأما المولودون فتجب نفقتهم) على الأصول (بثلاثة شرائط) أي بواحد منها (الفقر والصغر) لعجزهم (أو الفقر والزمانة، أو الفقر والجنون) لتحقق احتياجهم فلا تجب للبالغين إن كانوا ذوي كسب أي بالفعل قطعاً وكذا إن لم يكونوا على المذهب وسواء فيه الابن والبنت كما قاله في الروضة.

تنبيه ـ لم يتعرض المصنف لاشتراط اليسار[١] فيمن تجب عليه منهما لوضوحه، والمعتبر في نفقة القريب الكفاية لقوله ﷺ: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ»[٢] ولأنها تجب على سبيل المواساة لدفع الحاجة الناجزة ويعتبر حاله في سنه وزهادته ورغبته، ويجب إشباعه كما صرح به ابن يونس، ويجب له الأدم كما يجب له القوت ويجب له مؤنة خادم إن احتاجه مع كسوة وسكنى لائقين به وأجرة طبيب وثمن أدوية والنفقة وما ذكر معها إمتاع تسقط بمضي الزمان، وإن تعدَّى المنفق بالمنع لأنها وجبت لدفع الحاجة الناجزة وقد زالت بخلاف نفقة الزوجة فإنها معاوضة وحيث قلنا بسقوطها: لا تصير ديناً في ذمته إلا باقتراض قاض[٣] بنفسه أو مأذونه لغيبة أو منع أو

---

(١) عبارة المنهج لزم موسراً ولو بكسب يليق بما يفضل عن مؤنة ممونه يومه وليلته كفاية أصل وفرع لم يملكاها وعجز الفرع عن كسب يليق.

(٢) البخاري ٩/ ٥٠٧ (٥٣٦٤) ومسلم ٣/ ١٣٣٨ (٧/ ١٧١٤).

(٣) قال في شرح المنهج وعدلت من تعبير الأصل بفرض القاضي بالفاء إلى تعبيري باقتراضه بالقاف لأن الجمهور على أنها لا تصير ديناً بفرضه خلافاً للغزالي في بعض كتبه اهـ قال الزيادي نقلاً عن ابن العماد ما ذكره الغزالي والرافعي صحيح. وصورته: أن يقدرها الحاكم ويأذن لشخص في الانفاق على الطفل فإذا أنفقه صار ديناً في ذمة الغالب أو الممتنع وهي غير مسألة الافتراض. وأما إذا قال الحاكم قدّرت لفلان على فلان كذا ولم يقبض شيئاً لم تصر ديناً بذلك وهو غير مراد لهما أي فلا تصير ديناً بمجرد فرض القاضي. أما إذا فرض وأذن لشخص في الافتراض. للطفل بالإنفاق عليه أو اقترض القاضي مالاً ثم أنفق عليه منه كل يوم كذا بنفسه أو نائبه أو أمر القاضي شخصاً =

نحو ذلك، كما لو نفى الأب الولد فأنفقت عليه أمه ثم استلحقه فإن الأم ترجع عليه بالنفقة، وكذا لو لم يكن هناك حاكم واستقرضت الأم عن الأب وأشهدت فعليه قضاء ما استقرضته أما إذا لم تشهد فلا رجوع لها ونفقة الحامل لا تسقط بمضي الزمان، وإن جعلنا النفقة للحمل لأن الزوجة لما كانت هي التي تنتفع بها فكانت كنفقتها وللقريب أخذ نفقته من مال قريبه عند امتناعه إن وجد جنسها وكذا إن لم يجده في الأصح وله الاستقراض إن لم يجد له مالاً وعجز عن القاضي ويرجع إن أشهد كجد الطفل المحتاج وأبوه غائب مثلاً، وللأب والجد أخذ النفقة من مال فرعهما الصغير أو المجنون بحكم الولاية ولهما إيجاره لها لما يطيقه من الأعمال ولا تأخذها الأم من ماله إذا وجبت نفقتها عليه ولا الابن من مال أصله المجنون فيولي القاضي الابن الزمن إجارة أبيه المجنون إذا صلح لصنعه لنفقته، ويجب على الأم إرضاع ولدها اللبأ وهو ـ بهمز وقصر. اللبن النازل أول الولادة لأن الولد لا يعيش بدونه غالباً، أو أنه لا يقوى ولا تشتد بنيته إلا به ثم بعد إرضاعه للبأ إن لم يوجد إلا الأم أو أجنبية وجب على الموجود منهما إرضاعه إبقاء للولد، ولها طلب الأجرة من ماله إن كان وإلا فممن تلزمه نفقته وإن وجدت الأم والأجنبية لم تجبر الأم وإن كانت في نكاح أبيه على إرضاعه لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى﴾ [الطلاق: ٦] وإن امتنعت حصل التعاسر فإن رغبت الأم في إرضاعه وهي منكوحة أبي الرضيع فليس له منعها مع وجود غيرها كما صححه الأكثرون، لأن فيه إضراراً بالولد لأنها عليه أشفق ولبنها له أصلح، ولا تزاد نفقتها للإرضاع وإن احتاجت فيه إلى زيادة الغذاء لأن قدر النفقة لا يختلف بحال المرأة وحاجتها.

[القَوْلُ فِي نَفَقَةِ الرَّقِيقِ وَالْبَهَائِمِ]

ثم شرع في القسمين الآخرين ـ وهما نفقة الرقيق والبهائم ـ بقوله: (ونفقة الرقيق والبهائم واجبة) بقدر الكفاية أما الرقيق فلخبر: «لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكِسْوَتُهُ وَلاَ يُكَلَّفُ

= بأن يقترض مالاً فاقترض ثم أذن له الحاكم بأن ينفق عليه كل يوم كذا ففي هذه الصور الثلاث تصير ديناً فتأمل.

. . . .

مِنَ الْعَمَلِ مَا لَا يَطِيقُ»[1] فيكفيه طعاماً وأدماً، وتعتبر كفايته في نفسه زهادة ورغبة وإن زادت على كفاية مثله غالباً، وعليه كفايته كسوة وكذا سائر مؤنه ويجب على السيد شراء ماء طهارته إن احتاج إليه، وكذا شراء تراب تيممه إن احتاج ونص في المختصر على وجوب إشباعه، وإن كان رقيقه كسوباً أو مستحقاً منافعه بوصية أو غيرها أو أعمى أو زمناً أو مدبراً أو مستولدة أو مستأجراً أو معاراً أو آبقاً، لبقاء الملك في الجميع، ولعموم الخبر السابق، نعم المكاتب ولو فاسد الكتابة لا يجب له شيء من ذلك على سيده لاستقلاله بالكسب، ولهذا تلزمه نفقة أرقائه نعم إن عجز نفسه ولم يفسخ السيد الكتابة فعليه نفقته وهي مسألة عزيزة النقل فاستفدها، وكذا الأمة المزوجة حيث أوجبنا نفقتها على الزوج، ولا يجب على المالك الكفاية المذكورة من جنس طعامه وكسوته، بل من غالب قوت رقيق البلد من قمح وشعير ونحو ذلك ومن غالب أدمهم في نحو سمن وزيت، ومن غالب كسوتهم من نحو قطن وصوف، لخبر الشافعي: «لِلْمَمْلُوكِ نَفَقَتُهُ وَكِسْوَتُهُ بِالْمَعْرُوفِ» قال: والمعروف عندنا المعروف لمثله ببلده، ويراعى حال السيد في يساره وإعساره، وينفق عليه الشريكان بقدر ملكيهما، ولا يكتفي بستر العورة لرقيقه وإن لم يتأذ بحر ولا برد لما فيه من الإذلال والتحقير، هذا ببلادنا كما قاله الغزالي وغيره وأما ببلاد السودان ونحوها فله ذلك كما في المطلب وتسقط نفقة الرقيق بمضي الزمان فلا تصير ديناً عليه إلا باقتراض القاضي أو إذنه فيه واقتراض كنفقة القريب بجامع وجوبها بالكفاية ويبيع القاضي فيها ما له إن امتنع أو غاب لأنه حق واجب عليه فإن فقد المال أمره القاضي ببيعه أو إجارته أو إعتاقه دفعاً للضرر فإن لم يفعل أجره القاضي فإن لم تتيسر إجارته باعه فإن لم يشتره أحد أنفق عليه من بيت المال.

وأما غير الرقيق من البهائم جمع بهيمة سميت بذلك لأنها لا تتكلم وهي كما قاله الأذرعي: كل ذات أربع من دواب البر والبحر. انتهى. وفي معناها: كل حيوان محترم فيجب عليه علفها وسقيها لحرمة الروح.

---

(١) أخرجه مسلم باب الإيمان ١٠ رقم (٤٢) والشافعي (١١٩٣) وأحمد ٢/٢٤٧ والحميدي (١١٥٥) والبخاري في الادب (١٩٢/١٩٣) والطحاوي في المعاني ٤/٣٥٧.

وَلاَ يُكَلَّفُونَ مِنَ الْعَمَلِ مَا لاَ يَطِيقُونَ.

ولخبر الصحيحين: «دَخَلَتِ امْرَأَةٌ النَّارَ فِي هِرَّةٍ حَبَسَتْهَا لاَ هِيَ أَطْعَمَتْهَا وَلاَ هِيَ أَرْسَلَتْهَا تَأْكُلُ مِنْ خَشَاشِ الأَرْضِ»[١] بفتح الخاء وكسرها أي هوامها والمراد بكفاية الدواب: وصولها لأول الشبع والري دون غايتهما، وخرج بالمحترم غيره كالفواسق الخمس[٢] فلا يلزمه علفها بل يخليها ولا يجوز له حبسها لتموت جوعاً لخبر: «إِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ» فإن امتنع المالك عما ذكر وله مال أجبره الحاكم في الحيوان المأكول على أحد ثلاثة أمور بيع أو نحوه مما يزول ضرره به، أو علف، أو ذبح وأجبره في غيره على أحد أمرين بيع أو علف، ويحرم ذبحه للنهي عن ذبح الحيوان إلا لأكله فإن لم يفعل ما أمره الحاكم به ناب عنه في ذلك على ما يراه ويقتضيه الحال، فإن لم يكن له مال باع الحاكم الدابة أو جزءاً منها أو إكراهاً عليه فإن تعذر ذلك فعلى بيت المال كفايتها.

(ولا يكلفون) أي لا يجوز لمالك الرقيق والبهائم أن يكلفهم (من العمل ما لا يطيقون) الدوام عليه لورود النهي عنه في الرقيق في صحيح مسلم وهو للتحريم وقيس عليه البهائم بجامع حصول الضرر قال في الروضة: لا يجور للسيد تكليف رقيقه من العمل إلا ما يطيق الدوام عليه فلا يجوز له أن يكلفه عملاً يقدر عليه يوماً أو يومين ثم يعجز عنه وقال أيضاً يحرم عليه تكليفه الدابة ما لا تطيقه من ثقيل الحمل أو إدامة السير وغيرهما وقال في الزوائد: يحرم تحميلها ما لا تطيق الدوام عليه يوماً أو نحوه كما سبق في الرقيق.

تتمة ـ لا يحلب المالك من لبن دابته ما يضر ولدها لأنه غذاؤه كولد الأمة وإنما يحلب ما فضل عن ري ولدها وله أن يعدل به إلى لبن غير أمه إن استمرأه وإلا فهو أحق بلبن أمه ولا يجوز الحلب إذا كان يضر بالبهيمة لقلة علفها وترك الحلب أيضاً إذا كان يضرها فإن لم يضرها كره للإضاعة ويسن أن لا يستقصي الحالب في الحلب، بل

---

(١) هي المنظومة في قوله:

خمس فواسق في حلّ وفي حرم ... يقتلن بالشرع عمن جاء بالحكم
كلب عقور غراب حية وكذا ... حدأة فأرة خذ .واضح الكلم

(٢) في ط تنبيه.

وَنَفَقَةُ الزَّوْجَةِ الْمُمَكِّنَةِ مِنْ نَفْسِهَا وَاجِبَةٌ

يدع في الضرع شيئاً وأن يقص أظافره لئلا يؤذيها ويحرم جز الصوف من أصل الظهر ونحوه كذا حلقه لما فيهما من تعذيب الحيوان، قاله الجويني، ويجب على مالك النحل أن يبقي له شيئاً من العسل في الكوارة بقدر حاجته إن لم يكفه غيره، وإلا فلا يجب عليه ذلك قاله الرافعي وقد قيل يشوي له دجاجة ويعلقها بباب الكوارة فيأكل منها، وعلى مالك دود القز علفه بورق التوت أو تخليته لأكله لئلا يهلك بغير فائدة ويباع فيه ماله كالبهيمة، ويجوز تجفيفه بالشمس عند حصول نواله وإن هلك لحصول فائدته كذبح الحيوان المأكول وخرج بما فيه روح ما لا روح فيه كقناة ودار، لا يجب على المالك عمارتهما فإن ذلك تنمية للمال ولا يجب على الإنسان ذلك ولا يكره تركها إلا إذا أدى إلى الخراب فيكره له.

فَصْلٌ فِي النَّفَقَةِ

والنفقة على قسمين: نفقة تجب للإنسان على نفسه إذا قدر عليها وعليه أن يقدمها على نفقة غيره لقوله ﷺ: «ابْدَأْ بِنَفْسِكَ ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ»[1]، ونفقة تجب على الإنسان لغيره قال الشيخان: وأسباب وجوبها ثلاثة: النكاح، والقرابة، والملك وأورد على الحصر في هذه الثلاثة صور منها: الهدي والأضحية المنذوران، فإن نفقتهما على الناذر والمهدي مع انتقال الملك فيها للفقراء ومنها نصيب الفقراء بعد الحول وقبل الإمكان تجب نفقته على المالك، وقدم المصنف القسمين الآخرين.

ثم شرع في القسم الأول بقوله: (ونفقة الزوجة الممكنة من نفسها واجبة) بالتمكين التام لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وأخبار كخبر: «اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ، وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»، رواه مسلم ولأنها سلمت ما ملك عليها فيجب ما يقابله من الأجرة لها، والمراد بالوجوب

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب بدء الخلق (١٦) ومسلم في الكسوف باب (٩) وفي البر والصلة (١٣٣).

وَهِيَ مُقَدَّرَةٌ: إِنْ كَانَ الزَّوْجُ مُوسِراً فَمُدَّانِ مِنْ غَالِبِ قُوتِهَا، وَيَجِبُ مِنَ الأُدْم

استحقاقها يوماً بيوم كما صرحوا به ولو حصل التمكين في أثناء اليوم فالظاهر وجوبها بالقسط، وهل التمكين سبب أو شرط فيه وجهان أوجههما الثاني فلا تجب بالعقد لأنه يوجب المهر وهو لا يوجب عوضين مختلفين ولأنها مجهولة والعقد لا يوجب مالاً مجهولاً، وَلأَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تَزَوَّجَ عَائِشَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ـ وَهِيَ بِنْتُ سِتِّ سِنِينَ وَدَخَلَ بِهَا بَعْدَ سَنَتَيْنِ ولم ينقل أنه أنفق عليها قبل الدخول ولو كان حقاً لها لساقه إليها ولو وقع لنقل فإن لم تعرض عليه زوجته مدة مع سكوتها عن طلبها ولم تمتنع فلا نفقة لها لعدم التمكين ولو عرضت عليه وهي بالغة عاقلة مع حضوره في بلدها كأن بعثت إليه تخبره «إني مسلمة نفسي إليك فاختر أن آتيك حيث شئت أو تأتي إلي» وجبت نفقتها من حين بلوغ الخبر له، لأنه حينئذ مقصر، فإن غاب عن بلدها قبل عرضها عليه ورفعت الأمر إلى الحاكم مظهرة له التسليم كتب لحاكم بلد الزوج فيعلمه الحال فيجيء أو يوكل، فإن لم يفعل شيئاً من الأمرين ومضى زمن إمكان وصوله: فرضها القاضي في ماله من حين إمكان وصوله، والعبرة في زوجة مجنونة ومراهقة عرض وليهما على أزواجهما لأن الولي هو المخاطب بذلك ولو اختلف الزوجان في التمكين فقالت: مكنت في وقت كذا فأنكر ولا بينة صدق بيمينه لأن الأصل عدمه.

(وهي) أي نفقة الزوجة (مقدرة) على الزوج بحسب حاله ثم (إن كان الزوج حراً (موسراً) فمدَّان عليه لزوجته ولو أمة وكتابية من الحب (من غالب قوتها) أي غالب قوت بلدها من حنطة وشعير أو تمر أو غيرها حتى يجب الأقط في حق أهل البوادي والقرى الذين يعتادونه، لأنه من المعاشرة بالمعروف المأمور بها، قياساً على الفطرة والكفارة فالتعبير بالبلد جرى على الغالب (و يجب) لها مع ذلك (من الأدم) ما جرت به العادة من أدم غالب البلد كزيت وسيرج وسمن وزبد وتمر وخل، لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩] وليس من المعاشرة بالمعروف تكليفها الصبر على الخبز وحده إذ الطعام غالباً لا يساغ إلا بالأدم قال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما في قوله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]: الخبز والزيت، وقال ابن عمر رضي الله تعالى عنهما: الخبز والسمن، ويختلف قدر الأدم بالفصول الأربعة فيجب لها في كل فصل ما يعتاده الناس

وَالْكِسْوَةِ مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ

من الأدم، قال الشيخان: وقد تغلب الفاكهة في أوقاتها فتجب ويقدر الأدم عند تنازع الزوجين فيه قاض باجتهاده، إذ لا توقيف فيه من جهة الشرع، ويفاوت في قدره بين موسر وغيره فينظر في جنس الأدم وما يحتاج إليه المد فيفرضه على المعسر ويضاعفه للموسر ويوسطه فيهما للمتوسط ويجب لها عليه لحم يليق بيساره وتوسطه وإعساره كعادة البلد ولو كانت عادتها أن تأكل الخبز وحده وجب لها عليه الأدم ولا نظر لعادتها لأنه حقها.

[القَوْلُ فِي أَصْلِ تَقْدِيرِ النَّفَقَةِ]

(و) يجب لها عليه من (الكسوة) لفصلي الشتاء والصيف (ما جرت به العادة) لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] ولما روى الترمذي أن رسول الله ﷺ قال في حديث: «وَحَقُّهُنَّ عَلَيْكُمْ أَنْ تُحْسِنُوا إِلَيْهِنَّ فِي كِسْوَتِهِنَّ وَطَعَامِهِنَّ» ولا بد أن تكون الكسوة تكفيها للإجماع على أنه لا يكفي ما ينطلق عليه الاسم وتختلف كفايتها بطولها وقصرها وسمنها وهزالها وباختلاف البلاد في الحر والبرد ولا يختلف عدد الكسوة باختلاف يسار الزوج وإعساره، ولكنهما يؤثران في الجودة والرداءة ولا فرق بين البدوية والحضرية، ويجب لها عليه في كل ستة أشهر قميص وسراويل وخمار ومكعب، ويزيد الزوج زوجته على ذلك في الشتاء جبة محشوة قطناً أو فروة بحسب العادة لدفع البرد، ويجب لها أيضاً توابع ذلك من كوفية للرأس وتكة للباس وزر للقميص والجبة ونحوهما، وجنس الكسوة من قطن لأنه لباس أهل الدين وما زاد عليه ترفه ورعونة فإن جرت عادة البلد لمثل الزوج بكتان أو حرير وجب مع وجوب التفاوت في مراتب ذلك الجنس بين الموسر وغيره عملاً بالعادة، ويجب لها عليه ما تقعد عليه كزلية أو لبد في الشتاء أو حصير في الصيف وهذا لزوجة المعسر أما زوجة الموسر فيجب لها نطع في الصيف وطنفسة في الشتاء وهي بساط صغير ثخين له وبرة كبيرة ويجب لها عليه فراش للنوم غير ما تفرشه نهاراً للعادة الغالبة ويجب لها عليه مخدة ولحاف أو كساء في الشتاء في بلد بارد، وملحفة بدل اللحاف أو الكساء في الصيف.

وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً فَمُدٌّ مِنْ غَالِبِ قُوتِ الْبَلَدِ، وَمَا يَأْتَدِمُ بِهِ الْمُعْسِرُونَ وَيُكْسَوْنَهُ، وَإِنْ كَانَ مُتَوَسِّطاً فَمُدٌّ وَنِصْفٌ، وَمِنَ الْأُدْمَ وَالْكِسْوَةِ الوَسَطُ

(وإن كان) الزوج (معسراً فمد) واحد (من غالب قوت) محلها كما مر (و) يجب لها مع ذلك (ما يأتدم به المعسرون ويكسونه) قدراً وجنساً على ما مر بيانه.

(وإن كان) الزوج حراً (متوسطاً) بين اليسار والإعسار (فمد ونصف) أي ونصف مد من غالب قوت محلها كما مر (و) يجب لها عليه مع ذلك (من الأدم) قدراً وجنساً ما مر بيانه (و) من (الكسوة الوسط) في كل منهما على ما مر بيانه.

واحتجوا لأصل التفاوت بقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: ٦]. واعتبر الأصحاب النفقة بالكفارة بجامع أن كلاً منهما مال يجب بالشرع ويستقر في الذمة، وأكثر ما وجب في الكفارة لكل مسكين مدان. وذلك في كفارة الأذى في الحج، وأقل ما وجب له مد في نحو كفارة الظهار فأوجبوا على الموسر الأكثر وهو مدان لأنه قدر الموسر، وعلى المعسر الأقل وهو مد لأن المد الواحد يكتفي به الزهيد ويقنع به الرغيب وعلى المتوسط ما بينهما لأنه لو ألزم المدين لضره ولو اكتفى منه بمد لضرها فلزمه مد ونصف، والمعسر هنا: مسكين الزكاة لكن قدرته على الكسب لا تخرجه عن الإعسار في النفقة وإن كانت تخرجه عن استحقاق سهم المساكين في الزكاة ومن فوق المسكين إن كان لو كلف إنفاق مدين رجع مسكيناً فمتوسط وإن لم يرجع مسكيناً فموسر، ويختلف ذلك بالرخص والغلاء وقلة العيال وكثرتهم وأما من فيه رق ولو مكاتباً ومبعضاً وإن كثر ماله فمعسر لضعف ملك المكاتب ونقص حال المبعض وعدم ملك غيرهما.

ولو اختلف قوت البلد ولا غالب فيه أو اختلف الغالب وجب لائق بالزوج، لا بها، فلو كان يأكل فوق اللائق به تكلفاً لم يكلف ذلك أو دونه بخلاً أو زهداً وجب اللائق به، ويعتبر اليسار وغيره من توسط وإعسار بطلوع الفجر في كل يوم اعتباراً بوقت الوجوب، حتى لو أيسر بعده أو أعسر لم يتغير حكم نفقة ذلك اليوم هذا إذا كانت ممكنة حين طلوع الفجر أما الممكنة بعده فيعتبر الحال عقب تمكينها وعليه تمليكها الطعام حباً سليماً وعليه مؤنة طحنه وعجنه وخبزه ببذل مال، أو يتولى ذلك

. . . .

بنفسه أو بغيره فإن غلب غير الحب كتمر ولحم وأقط فهو الواجب ليس غير، لكن عليه مؤنة اللحم وما يطبخ به كما قاله الرافعي، ولو طلب أحدهما بدل الحب خبزاً أو قيمته لم يجبر الممتنع منهما، لأنه غير الواجب فإن اعتاضت عما وجب لها نقداً أو غيره من العروض جاز لا خبزاً ودقيقاً ونحوهما من الجنس فلا يجوز لما فيه من الربا ولو أكلت مع الزوج على العادة سقطت نفقتها على الأصح لجريان العادة به في زمن النبيّ ﷺ وبعده من غير نزاع ولا إنكار ولم ينقل أن امرأة طالبت بنفقة بعده إلا أن تكون الزوجة غير رشيدة كصغيرة أو سفيهة بالغة ولم يأذن في أكلها معه وليها فلا تسقط نفقتها بأكلها معه ويكون الزوج متطوعاً.

ويجب للزوجة على زوجها آلة تنظيف من الأوساخ التي تؤذيها وذلك كمشط ودهن يستعمل في ترجيل شعرها وما يغسل به الرأس من سدر أو خطمي[١] على حسب العادة ومرتك[٢] ونحوه لدفع صنان إذا لم يندفع بدونه كماء وتراب، ولا يجب لها عليه كحل ولا طيب ولا خضاب ولا ما تتزين به فإن هيأه لها وجب عليها استعماله، ولا يجب لها عليه دواء مرض ولا أجرة طبيب وحاجم ونحو ذلك كفاصد وخاتن، لأن ذلك لحفظ الأصل ويجب لها طعام أيام المرض وأدمها لأنها محبوسة عليه، ولها صرفه في الدواء ونحوه ويجب لها أجرة حمام بحسب العادة إن كان عادتها دخوله للحاجة إليه عملاً بالعرف وذلك في كل شهر مرة كما قاله الماوردي لتخرج من دنس الحيض الذي يكون في كل شهر مرة غالباً وينبغي ـ كما قال الأذرعي أن ينظر في ذلك لعادة مثلها وتختلف باختلاف البلاد حراً وبرداً ويجب لها ثمن ماء غسل جماع ونفاس من الزوج إن احتاجت لشرائه لا ماء غسل من حيض واحتلام إذ لا صنع منه، ويجب لها آلات أكل وشراب وآلة طبخ كقدر وقصعة وكوز وجرة ونحو ذلك مما لا غنى لها

---

(١) بكسر الخاء ما يغسل به الرأس.

(٢) بفتح أوله وكسره وهو معرّب برماوي قال الدميري أصله من الرصاص يقطع رائحة الإبط لأنه يحبس العرق أي يذهبه وإن طرح في الخل أبدل حموضته حلاوة.

وَإِنْ كَانَتْ مِمَّنْ يُخْدَم مِثْلُهَا فَعَلَيْهِ إِخْدَامُهَا

عنه كمغرفة وما تغسل فيه ثياباً ويجب لها عليه تهيئة مسكن لأن المطلقة يجب لها ذلك لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُمْ﴾ [الطلاق: ٦] فالزوجة أولى ولا بد أن يكون المسكن يليق بها عادة لأنها لا تملك الانتقال منه ولا يشترط في المسكن كونه ملكه.

(وإن كانت) تلك الزوجة (ممن يخدم مثلها) بأن كانت ممن تخدم في بيت أبيها لكونها لا يليق بها خدمة نفسها (فعليه إخدامها) لأنه من المعاشرة بالمعروف، وذلك إما بحرة أو أمة له أو لها أو مستأجرة أو بالإنفاق على من صحبتها من حرة أو أمة لخدمة لحصول المقصود بجميع ذلك، وسواء في وجوب الإخدام موسر ومتوسط ومعسر ومكاتب وعبد كسائر المؤن لأن ذلك من المعاشرة بالمعروف المأمور بها فإن أخدمها الزوج بحرة أو أمة بأجرة فليس عليه غير الأجرة وإن أخدمها بأمته أنفق عليها بالملك، وإن أخدمها بمن صحبتها حرة كانت أو أمة لزمه نفقتها وفطرتها.

فائدة ـ الخادم يطلق على الذكر والأنثى، وفي لغة قليلة يقال للأنثى خادمة.

وجنس طعام الخادم جنس طعام الزوجة ـ وقد مرّ ـ وهو مدّ على المعسر جزماً وعلى المتوسط الأصح قياساً على المعسر وعلى الموسر مد وثلث على النص، وأقرب ما قيل في توجيهه وأن نفقة الخادم على المتوسط مد وهو ثلثا نفقة المخدومة، والمد والثلث على الموسر وهو ثلثا نفقة المخدومة.

ويجب للخادم أيضاً كسوة تليق بحاله ولو على متوسط ومعسر ولا يجب له سراويل لأنه للزينة وكمال الستر ويجب له الأدم لأن العيش لا يتم بدونه وجنسه جنس أدم المخدومة ولكن نوعه دون نوعه على الأصح ومن تخدم نفسها في العادة ليس لها أن تتخذ خادماً وتنفق عليه من مالها إلا بإذن زوجها كما في الروضة وأصلها، فإن احتاجت حرة كانت أو أمة إلى خدمة لمرض بها أو زمانة وجب إخدامها لأنها لا تستغني عنه فأشبهت من لا يليق بها خدمة نفسها بل أولى، لأن الحاجة أقوى مما نقص من المروءة ولا إخدام حال الصحة لزوجة رقيقة الكل أو البعض لأن العرف أن تخدم نفسها، وإن كانت جميلة.

وَإِنْ أَعْسَرَ بِنَفَقَتِهَا فَلَهَا فَسْخُ النِّكَاحِ

تنبيه ـ يجب في المسكن والخادم إمتاع لا تمليك لأنه لا يشترط كونهما ملكه ويجب فيما يستهلك لعدم بقاء عينه. كطعام وأدم تمليك وتتصرف فيه الحرة ما شاءت، أما الأمة فإنما يتصرف في ذلك سيدها، فلو قترت بعد قبض نفقتها بما يضرها منعها زوجها من ذلك، وما دام نفعه مع بقاء عينه ككسوة وفرش وظروف طعام وشراب وآلات تنظيف ومشط تمليك في الأصح، وتعطى الزوجة الكسوة أول فصل شتاء وأول فصل صيف لقضاء العرف بذلك، هذا إذا وافق النكاح أول الفصل وإلا وجب إعطاؤها الكسوة في أول كل ستة أشهر من حين الوجوب فإن أعطاها الكسوة أول فصل مثلاً ثم تلفت فيه بلا تقصير منها لم تبدل لأنه وفاها ما عليه، كالنفقة إذا تلفت في يدها فإن مات أو أبانها بطلاق أو غيره ماتت في أثناء فصل لم ترد ولو لم يكس الزوج مدة فدين عليه، والواجب في الكسوة الثياب لا قيمتها وعليه خياطتها ولها بيعها لأنها ملكها، ولو لبست دونها منعها لأن له غرضاً في تجميلها.

[القَوْلُ فِي الإِعْسَارِ بِنَفَقَةِ الزَّوْجَةِ]

(وإن أعسر) الزوج (بنفقتها) المستقبلة لتلف ماله مثلاً فإن صبرت بها وأنفقت على نفسها من مالها أو مما اقترضته صار ديناً عليه. إن لم يقرضها القاضي كسائر الديون المستقرة فإن لم تصبر (فلها فسخ النكاح) بالطريق الآتي لقوله تعالى: ﴿**فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ [البقرة: ٢٢٩] فإن عجز عن الأول تعين الثاني، ولأنها إذا فسخت بالجب أو العنة فبالعجز عن النفقة أولى لأن البدن لا يقوم بدونها بخلاف الوطء أما لو أعسر بنفقة ما مضى فلا فسخ على الأصح ولا فسخ أيضاً بالإعسار بنفقة الخادم ولا بامتناع موسر من الإنفاق سواء أحضر أم غاب عنها لتمكنها من تحصيل حقها بالحاكم ولو حضر الزوج وغاب ماله فإن كان غائباً بمسافة القصر فأكثر فلها الفسخ ولا يلزمها الصبر للضرر فإن كان دون مسافة القصر فلا فسخ لها ويؤمر بإحضاره بسرعة ولو تبرع شخص بها عن زوج معسر لم يلزمها القبول، بل لها الفسخ لما فيه من المنة، نعم لو كان المتبرع أباً أو جداً والزوج تحت حجره وجب عليها القبول، وقدرة الزوج على الكسب كالقدرة على المال وإنما تفسخ الزوجة بعجز الزوج عن نفقة

وَكَذَلَكِ إِنْ أَعْسَرَ بِالصَّدَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ.

معسر، فلو عجز عن نفقة موسر أو متوسط لم تفسخ لأن نفقته الآن نفقة معسر فلا يصير الزائد ديناً عليه، والإعسار بالكسوة كالإعسار بالنفقة إلا إذا لا بد منها، ولا يبقى البدن بدونها غالباً ولا تفسخ بإعساره عن الأدم والمسكن لأن النفس تقوم بدونهما بخلاف القوت (وكذلك) يثبت لها خيار الفسخ (إن أعسر بالصداق قبل الدخول) للعجز عن تسليم العوض مع بقاء المعوض فأشبه ما إذا لم يقبض البائع الثمن حتى حجر على المشتري بالفلس والمبيع باق بعينه ولا تفسخ بعده لتلف المعوض وصيرورة العوض ديناً في الذمة.

تنبيه ـ لو قبضت بعض المهر قبل الدخول كما هو المعتاد وأعسر بالباقي كان لها الفسخ كما أفتى به البارزي، وهو مقتضى كلام المصنف، لصدق العجز عن المهر بالعجز عن بعضه وبه صرح الجوزي، وقال الأذرعي: هو الوجه نقلاً ومعنى انتهى. وإن أفتى ابن الصلاح: بأنه لا فسخ إذ يلزم على إفتائه إجبار الزوجة على تسليم نفسها بتسليم بعض الصداق، ولو أجبرت لاتخذ الأزواج ذلك ذريعة إلى إبطال حق المرأة من حبس نفسها بتسليم درهم واحد من صداق هو ألف درهم، وهو في غاية البعد.

تتمة ـ لا فسخ بإعسار زوج بشيء مما ذكر حتى يثبت عند قاض بعد الرفع إليه إعساره ببينة أو إقرار فيفسخه بنفسه أو نائبه بعد الثبوت أو يأذن لها فيه، وليس لها مع علمها بالعجز الفسخ قبل الرفع إلى القاضي، ولا بعده قبل الإذن فيه، نعم إن عجزت عن الرفع إلى القاضي وفسخت نفذ ظاهراً وباطناً للضرورة، ثم على ثبوت الفسخ بإعسار الزوج بالنفقة يجب إمهاله ثلاثة أيام، وإن لم يطلب الزوج الإمهال ليتحقق عجزه فإنه قد يعجز لعارض ثم يزول، وهي مدة قريبة يتوقع فيها القدرة بقرض أو غيره ولها خروج فيها لتحصيل نفقة مثلاً بكسب وسؤال، وعليها رجوع لمسكنها ليلاً لأنه وقت الدعة، وليس لها منعه من التمتع ثم بعد الإمهال بفسخ القاضي أو هي بإذنه صبيحة الرابع، نعم إن لم يكن في الناحية قاض ولا محكم ففي الوسيط لا خلاف في استقلالها بالفسخ، فإن سلم نفقة اليوم الرابع فلا فسخ لتبين زوال ما كان الفسخ لأجله، فإن أعسر بعدما سلم نفقة اليوم الرابع بنفقة اليوم الخامس بنت على المدة ولم تستأنفها، كما لو أيسر في الثالث ثم أعسر في الرابع فإنها تبني ولا تستأنف ولو رضيت

فَصْــلٌ

وَإِذَا فَارَقَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ وَلَهُ مِنْهَا وَلَدٌ فَهِيَ أَحَقُّ بِحَضَانَتِهِ إِلَى سَبْعِ سِنِينَ

قبل النكاح بإعساره فلها الفسخ لأن الضرر يتجدد، ولا أثر لقولها، رضيت به أبداً، لأنه وعد لا يلزم الوفاء به، إلا إن رضيت بإعساره بالمهر، فلا فسخ لها لأن الضرر لا يتجدد.

فَصْــلٌ فِي الــحَضَانَة

وهي ـ بفتح الحاء لغة: الضم مأخوذة من الحضن ـ بكسرها ـ وهو الجنب لضم الحاضنة الطفل إليه.

وشرعاً: تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه ويقيه عما يضره ولو كبيراً مجنوناً كأن يتعهده بغسل جسده وثيابه ودهنه وكحله وربط الصغير في المهد وتحريكه لينام.

وهي نوع ولاية وسلطنة لكن الإناث أليق بها لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها.

الأَحَقُّ بِحَضَانَةِ الْوَلَدِ

وأولاهن أم كما قال (وإذا فارق الرجل زوجته) بطلاق أو فسخ أو لعان (وله منها ولد) لا يميز ذكراً أو أنثى أو خنثى (فهي أحق بحضانته) لوفور شفقتها ثم بعد الأم أمهات لها وارثات وإن علت، تقدم القربى فالقربى فأمهات أب كذلك، وخرج بالوارثات غيرهن وهي من أدلت بذكر بين أنثيين كأم أبي أم، فأخت لأنها أقرب من الخالة فخالة لأنها تدلي بالأم فبنت أخت فبنت أخ كالأخت مع الأخ فعمة، وتقدم أخت وخالة وعمة لأبوين عليهن لأب لزيادة قرابتهن، وتقدم أخت وخالة وعمة لأب عليهن لأم بقوة الجهة.

فــرع ـ لو كان للمحضون بنت قدمت في الحضانة عند عدم الأبوين على الجدات أو زوج يمكن تمتعه به قدم ذكراً كان أو أنثى على كل الأقارب والمراد بتمتعه بها وطؤه لها فلا بد أن تطيقه، وإلا فلا تسلم إليه كما صرح به ابن الصلاح في فتاويه

. . . .

وتثبت الحضانة لأنثى[١] قريبة غير محرم لم تدل بذكر غير وارث[٢] كبنت خالة وبنت عمة ولذكر قريب وارث محرماً كان كأخ أو غير محرم كابن عم لوفور شفقته وقوة قرابته بالإرث والولاية[٣] ويزيد المحرم بالمحرمية بترتيب ولاية النكاح[٤]، ولا تسَلم مشتهاة لغير محرم حذراً من الخلوة المحرمة بل تسلم لثقة بعينها هو كبنته، وإن اجتمع ذكور وإناث قدمت الأم فأمهاتها وإن علت، فأب فأمهاته وإن علا لما مر، والأقرب فالأقرب من الحواشي ذكراً كان أو أنثى فإن استويا قرباً قدمت الأنثى لأن الإناث أصبر وأبصر، فإن استويا ذكورة أو أنوثة قدم بقرعة من خرجت قرعته على غيره والخنثى هنا كالذكر فلا يقدم على الذكر، فلو ادعى الأنوثة صدق بيمينه.

---

(١) أي زيادة على ما مر وهذا شروع في الكلام على اجتماع محض الإناث وغرضه زيادة خمسة لهن الحضانة زيادة على ما تقدم وهنّ بنت الخالة وبنت العمة وبنت العم لأبوين أو لأب الخال على

(٢) صادق بصورتين بأن لن تدل بذكر أصلاً كأن تدلي بإناث كبنت الخالة وبنت العمة أو أدلت بذكر وارث كبنت عم لأبوين أو لأب ومفهومه أنها إذا أدلت بذكر غير وارث لا حضانة لها كبنت الخال وبنت العم للأم وأم أبي الأم وهو مسلم في الأخيرين. والمعتمد في بنت الخال ثبوت الحضانة لها. واعلم أن الأقسام ثلاثة اجتماع إناث فقط ذكور فقط اجتماع الصنفين. وحاصل القسم الأوّل أنه يقدّم الأم ثم أمهاتها ثم أمهات الأب ثم الأخت مطلقاً ثم الخالة مطلقاً ثم بنت الأخت مطلقاً ثم بنت الأخ مطلقاً ثم العمة مطلقاً ثم بنت الخالة ثم بنت العمة ثم بنت العم لأبوين أو لأب ثم بنت الخال. وأما اجتماع الذكور فيقدّم الأب ثم الجد ثم الأخ بأقسامه الثلاثة ثم ابن الأخ لأبوين أو لأب ثم العم لأبوين أو لأب. وأما اجتماع الذكور والإناث فتقدّم الأم على كل الذكور ثم أمهاتها كذلك ثم الأب يقدّم على كل الإناث غير الأم وأمهاتها ثم أمهات الأب تقدم على كل الذكور، ثم إذا عدمت الأصناف الأربعة الأم وأمهاتها والأب وأمهاته يقدم الأقرب من الحواشي ذكراً كان كأخ وابن أخ يقدم على خالة وعمة أو أنثى كأخت وبنت أخ يقدم على عم لأبوين أو لأب وابن عم. كذلك فإن استويا ذكورة وأنوثة أقرع وقلوه لم تدل بذكر غير وارث كما علم من التقييد بالوارثات فيما مرّ بخلاف غير القريبة كالمعتقة وبخلاف من أدلت بذكر غير وارث كبنت خال وبنت عم لأم وكذا من أدلت بأنثى وكان المحضور ذكراً يشتهى.

(٣) وبهذا فارق بنت العم للأم.

(٤) متعلق بتثبت المقدّر أي تثبت الحضانة لذكر قريب وارث على ترتيب ولاية النكاح والمراد بقوله بترتيب ولاية النكاح أي في الجملة لأن الأخ للأم له حق هنا دون ولاية النكاح ولم يقل على ترتيب الإرث لأن الجدّ مقدم على الأخ هنا كما في النكاح بخلافه في الإرث قاله في شرح المنهج =

ثُمَّ يُخَيَّرُ بَيْنَ أَبَوَيْهِ فَأَيُّهُمَا اخْتَارَ سُلِّمَ إِلَيْهِ.

(ثم) المميز (يخير) ندباً (بين أبويه) وإن صلحا للحضانة بالشروط الآتية ولو فضل أحدهما الآخر ديناً أو مالاً أو محبة (فأيهما اختار سلم إليه) لأنه ﷺ: «خَيَّرَ غُلَاماً[(١)] بَيْنَ أَبِيهِ وَأُمِّهِ»[(٢)] رواه الترمذي وحسنه والغلامة كالغلام في الانتساب[(٣)] ولأن القصد بالكفالة الحفظ للولد والمميز أعرف بحفظه فيرجع إليه، وسن التمييز غالباً سبع سنين أو ثمان تقريباً. وقد يتقدم على السبع وقد يتأخر عن الثمان والحكم مداره عليه لا على السن قال ابن الرفعة: ويعتبر في تمييزه أن يكون عارفاً بأسباب الاختيار وإلا أخر إلى حصول ذلك، وهو موكول إلى اجتهاد القاضي، ويخير أيضاً بين أم وإن علت وجد أو غيره من الحواشي[(٤)] كأخ أو عم أو ابنة كالأب بجامع العصوبة، كما يخير[(٥)] بين أب وأخت لغير أب أو خالة كالأم وله بعد اختيار أحدهما تحول للآخر وإن تكرر منه

= وقوله لأن الجدّ أي لأنها تثبت للأصول قبل الحواشي وقول كما في النكاح يرد عليه أن الأخر للأم هنا مقدّم على العم ولا ولاية له في النكاح.

(١) إنما يدعى عرفاً بالغلام المميز فصح الاستدلال به ومثله الغلامة قال في المصباح الغلام الابن الصغير ثم قال قال الأزهري وسمعت العرب تقول للمولود حين يولد ذكراً فلم يخصصوا الغلام بالمميز.

(٢) أخرجه الترمذي ٣/٦٣٨ (١٣٥٧) وقال: حسن صحيح وأحمد ٢/٢٤٦.

(٣) صوابه في التخيير وكتب بعضهم قوله في الانتساب عند الاشتباه فيما إذا وطىء رجلان امرأة بشبهة وأتت بولد يمكن من كل منهما فإنه يعرض على القائف فإن ألحقه بأحدهما فالأمر ظاهر فإن لم يوجد قائف أو تحير أو نفاه عنهما أو ألحقه بهما انتسب بعد كماله لمن يميل طبعه إليه سواء كان الولد ذكراً أو أنثى.

(٤) أي الذكور من العصبات أخذاً من قوله بجامع العصوبة.

(٥) حيث لا أم بين أب وأخت لغير أب ولو لأمّ مع أن الأخت للأب مقدمة على الأخت للأم اهـ ح ل وتقدم أنه عند اجتماع الذكور والإناث يقدم الأب على سائر الحواشي ومن جملتهم الأخت والخالة فالأب مقدم عليهما. ومقتضى ما هنا أن المحضون كان قبل التمييز عند الأخت أو الخالة وتخيره بعده بين من كان عندها وبين الأب وهذا لا يأتي إلا على القول الضعيف القائل بتقديمها على الأب فليتأمل وليحرر. ويجاب بأنه كان قبل التمييز عند الأب فيخير بين التمييز بين الأب والأخت أو الخالة عند عدم أمهاته وما المانع من ذلك. قال في الإرشاد وخير مميز بين مستحقه وأخت قال شارحه هو يفيد أنه لا يخير بين الأب والأخت ولا بينه وبين الخالة قال وهو المعتمد الموافق لما في الروضة وأصلها وما في المنهاج من ترجيح التخيير بين الأب والأخت وبينه وبين الخالة تفريع على المرجوح وهو تقديمهما على الأب قبل التمييز.

وَشَرَائِطُ الْحَضَانَةِ سَبْعٌ: الْعَقْلُ،

ذلك، لأنه قد يظهر له الأمر على خلاف ما ظنه أو يتغير حال من اختاره قبل، نعم إن غلب على الظن أن سبب تكرره قلة تمييزه ترك عند من يكون عنده قبل التمييز. فإن اختار الأب ذكر لم يمنعه من زيارة أمه ولا يكلفها الخروج لزيارته لئلا يكون ساعياً في العقوق وقطع الرحم وهو أولى منها بالخروج لأنه ليس بعورة، وهل هذا على سبيل الوجوب أو الاستحباب قال في الكفاية الذي صرح به البندنيجي ودل عليه كلام الماوردي الأول، ويمنع الأب الأنثى إذا اختارته من زيارة أمها لتألف الصيانة وعدم البروز والأم أولى منها بالخروج لزيارتها، ولا تمنع الأم زيارة ولديها على العادة كيوم في أيام لا في كل يوم[1] ولا يمنعها من دخولها بيته وإذا زارت لا تطيل المكث، وهي[2] أولى بتمريضها عنده لأنها أشفق وأهدى إليه هذا إن رضي به وإلا فعندها ويعودهما ويحترز في الحالين عن الخلوة بها وإن اختارها ذكر فعندها ليلاً وعنده نهاراً ليعلمه الأمور الدينية والدنيوية على ما يليق به لأن ذلك من مصالحه، فمن أدب ولده صغيراً سر به كبيراً، يقال: الأدب على الآباء والصلاح على الله تعالى، أو اختارتها أنثى أو خنثى ـ كما بحثه بعضهم ـ فعندها ليلاً ونهاراً لاستواء الزمنين في حقِّها ويزورها الأب على العادة ولا يطلب إحضارها عنده وإن اختارهما مميز أقرع بينهما ويكون عند من خرجت قرعته منهما أو لم يختر واحداً منهما فالأم أولى، لأن الحضانة لها ولم يختر غيرها.

[القَوْلُ فِي شُرُوطِ مَنْ يَسْتَحِقُّ الْحَضَانَةَ]

(وشرائط) استحقاق (الحضانة سبع) وترك ستة كما ستعرفه: أولها (العقل) فلا حضانة لمجنون وإن كان جنونه متقطعاً لأنها ولاية وليس هو من أهلها ولأنه لا يتأتى منه الحفظ والتعهد، بل هو في نفسه يحتاج إلى من يحضنه، نعم إن كان يسيراً كيوم في

(١) هذا فيمن منزلها بعيد أما من منزلها قريب بلا بأس بدخولها كل يوم قاله الماوردي.

(٢) أي الأم أولى بتمريضها فلو ماتا أو أحدهما فليس للأب منع الأم من حضور التجهيز في بيته وله منعها من زيارة قبر في ملكه ولو تنازعا في محل دفنه أجيب الأب لأن المؤنة عليه وهذا من تتمتها وتوابعها برماوي.

وَالْحُرِّيَّةُ، وَالدِّينُ، وَالْعِفَّةُ، وَالأَمَانَةُ، وَالإِقَامَةُ،

سنة كما في الشرح الصغير لم تسقط الحضانة كمرض يطرأ ويزول.

(و) ثانيها: (الحرية) فلا حضانة لرقيق ولو مبعضاً وإن أذن له سيده لأنها ولاية وليس من أهلها، ولأنه مشغول بخدمة سيده وإنما لم يؤثر إذنه له لأنه قد يرجع فيشوش أمر الولد، ويستثنى ما لو أسلمت أم ولد الكافر فإن ولدها يتبعها وحضانته لها ما لم تنكح كما حكاه في «الروضة» في أمهات الأولاد والمعنى فيه كما في «المهمات» فراغها لمنع السيد من قربانها ووفور شفقتها.

(و) ثالثها: (الدين) أي الإسلام فلا حضانة لكافر على مسلم، إذ لا ولاية له عليه، ولأنه ربما فتنه في دينه فيحضنه أقاربه المسلمون ومؤنته في ماله على الترتيب المار فإن لم يوجد أحد منهم حضنه المسلمون فإن لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته فإن لم يكن فهو من محاويج المسلمين، وينزع ندباً من الأقارب الذميين ولد ذمي وصف الإسلام وتثبت الحضانة للكافر على الكافر وللمسلم على الكافر بالأولى لأن فيه مصلحة له.

(و) رابعها وخامسها (العفة والأمانة) جمع المصنف بينهما لتلازمهما إذ العفة ـ بكسر المهملة ـ الكف عما لا يحل ولا يحمد، قاله في المحكم والأمانة ضد الخيانة، فكل عفيف أمين وعكسه فلو عبر المصنف من الثالث إلى هنا بالعدالة لكان أخصر، فلا حضانة لفاسق لأن الفاسق لا يلي ولا يؤتمن، ولأن المحضون لا حظ له في حضانته، لأنه ينشأ على طريقته وتكفي العدالة الظاهرة كشهود النكاح نعم إن وقع نزاع في الأهلية فلا بد من ثبوتها عند القاضي.

(و) سادسها (الإقامة) في بلد الطفل بأن يكون أبواه معه مقيمين[1] في بلد واحد

---

(١) الأولى أن يقول بأن يكون الحاضر مقيماً لأن الكلام في شرائط استحقاق الحضانة وصنيع الشارح بقوله بأن يكون الخ لا يناسب إلا كون الإقامة شرطاً لتخيير الولد بين أبويه. والحاصل أن من له الحضانة إن أراد سفر غير نقلة كان الولد مع المقيم حتى يرجع المسافر وإن أراد سفر نقلة كان الولد مع العصبة سواء كان المقيم أو المسافر إذا أمن الطريق والمقصد وإلا فالمقيم أولى.

وَالْخُلُوُّ مِنْ زَوْجٍ

فلو أراد أحدهما سفراً لا لنقلة كحج وتجارة فالمقيم أولى بالولد مميزاً كان أو لا حتى يعود المسافر لخطر السفر، أو لنقله فالعصبة من أب أو غيره ولو غير محرم أولى به من الأم حفظاً للنسب إن أمن خوفاً في طريقه ومقصده وإلا فالأم أولى وقد علم مما مر أنه لا تسلم مشتهاة لغير محرم كابن عم حذراً من الخلوة المحرمة، بل لثقة ترافقه كبنته.

(و) **سابعها**: (الخلو) أي خلو الحاضنة (من زوج) لا حق له في الحضانة فلا حضانة لمن تزوجت به وإن لم يدخل بها وإن رضي أن يدخل الولد داره، لخبر أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء وثديي له سقاء، وإن أباه طلقني وزعم أن ينزعه مني فقال: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي»[(١)] لأنها مشغولة عنه بحق الزوج فإن كان له فيها حق كعم الطفل وابن عمه فلا يبطل حقها بنكاحه لأن من نكحته له حق في الحضانة، وشفقته تحمله على رعايته فيتعاونان في كفالته.

(و) **ثامنها**: أن تكون الحاضنة مرضعة للطفل إن كان المحضون رضيعاً فإن لم يكن لها لبن أو امتنعت عن الإرضاع فلا حضانة لها كما هو ظاهر عبارة المنهاج، وقال البلقيني حاصله إن لم يكن لها لبن فلا خلاف في عدم استحقاقها وإن كان لها لبن وامتنعت فالأصلح لا حضانة لها. اهـ. وهذا هو الظاهر.

(و) **تاسعها**: أن لا يكون به مرض دائم كالسل والفالج إن عاق تألمه عن نظر المحضور بحيث يشغله تألمه عن كفالته، وتدبر أمره أو عن حركة من يباشر الحضانة فتسقط في حقه دون من يدبر الأمور بنظره ويباشرها غيره.

(و) **عاشرها**: أن لا يكون أبرص ولا أجذم كما في قواعد العلائي.

(و) **حادي عشرها**: أن لا يكون أعمى كما أفتى به عبدالملك بن إبراهيم

---

(١) أخرجه عبد الرزاق ٧/ ١٥٣ (١٢٥٩٦) وأبو داود ٢/ ٧٠٧ (٢٢٧٦) وأحمد ٢/ ١٨٢ والحاكم ٢/ ٢٠٧.

فَإِنِ اخْتَلَّ مِنْهَا شَرْطٌ سَقَطَتْ.

المقدسي من أئمتنا، وهو من أقران ابن الصباغ وأقره عليه جمع من محققي المتأخرين.

(و) **ثاني عشرها**: أن لا يكون مغفلاً كما قاله الجرجاني في الشافي.

(و) **ثالث عشرها**: أن لا يكون صغيراً لأنها ولاية وهو ليس من أهلها.

[القَوْلُ فِي سُقُوطِ الْحَضَانَةِ]

(فإن اختل منها) أي من الشروط المذكورة (شرط) فقط (سقطت) حضانتها أي لم تستحق حضانة كما تقرر، نعم لو خالعها الأب على ألف مثلاً وحضانة ولده الصغير سنة فلا يسقط حقها في تلك المدة، كما هو في الروضة أو أخذ الخلع حكاية عن القاضي حسين معللاً له بأن الإجارة عقد لازم، ولو فقد مقتضى الحضانة ثم وجد كأن كملت ناقصة بأن أسلمت كافرة أو تابت فاسقة أو أفاقت مجنونة أو أعتقت أو طلقت منكوحة بائناً أو رجعية على المذهب حضنت لزوال المانع، وتستحق المطلقة الحضانة في الحال قبل انقضاء العدة على المذهب ولو غابت الأم أو امتنعت من الحضانة فللجدة أم الأم كما لو ماتت أو جنت، وضابط ذلك: أن القريب إذا امتنع كانت الحضانة لمن يليه وظاهر كلامهم عدم إجبار الأم عند الامتناع، وهو مقيد بما إذا لم تجب النفقة عليها للولد المحضون، فإن وجبت كأن لم يكن له أب ولا مال أجبرت كما قاله ابن الرفعة لأنها من جملة النفقة فهي حينئذ كالأب.

[القَوْلُ فِي الْمَحْضُونِ إِذَا بَلَغَ]

خاتمة ـ ما مر إذا لم يبلغ المحضون، فإن بلغ، فإن كان غلاماً وبلغ رشيداً ولي أمر نفسه لاستغنائه عمن يكفله فلا يجبر على الإقامة عند أحد أبويه والأولى أنه لا يفارقهما ليبرهما قال الماوردي: وعند الأب أولى للمجانسة، نعم إن كان أمرد وخيف عليه من انفراده ففي العدة عن الأصحاب أنه يمنع من مفارقة الأبوين، ولو بلغ عاقلاً غير رشيد فأطلق مطلقون أنه كالصبي وقال ابن كج: إن كان لعدم إصلاح ماله فكذلك

. . . .

وإن كان لدينه فقيل: تدام حضانته إلى ارتفاع الحجر والمذهب أنه يسكن حيث شاء، قال الرافعي: وهذا التفصيل حسن. انتهى.

وإن كان أنثى: فإن بلغت رشيدة فأولى أن تكون عند أحدهما حتى تتزوج إن كانا مفترقين وبينهما إن كانا مجتمعين لأنه أبعد عن التهمة ولها أن تسكن حيث شاءت ولو بكراً، وهذا إذا لم تكن ريبة فإن كانت فللأم إسكانها معها وكذا للولي من العصبة إسكانها معه إذا كان محرماً لها وإلا ففي موضع لائق بها يسكنها ويلاحظها دفعاً لعار النسب كما يمنعها نكاح غير الكفء وتجبر على ذلك والأمرد مثلها فيما ذكر كما مرت الإشارة إليه ويصدق الولي بيمينه في دعوى الريبة ولا يكلف البينة لأن إسكانها في موضع البراءة أهون من الفضيحة لو أقام بينة وإن بلغت غير رشيدة ففيها التفصيل المار.

قال النووي في نواقض الوضوء: حضانة الخنثى المشكل وكفالته بعد البلوغ لم أر فيه نقلاً، وينبغي أن يكون كالبنت البكر حتى يجيء في جواز استقلاله وانفراده عن الأبوين إذا شاء وجهان انتهى ويعلم التفصيل فيه مما مرّ والله أعلم.

كِتَـابُ الـجِنَايَاتِ

كِتَـابُ الـجِنَايَـاتِ(١)

عبر بها دون الجراح لتشمله والقطع والقتل ونحوهما مما يوجب حداً أو تعزيراً وهو حسن.

---

(١) أي على الأبدان بقرينة ذكر الجنايات على الأموال فيما سبق وهو باب الغصب وما سيأتي وهو باب السرقة والقصاص الذي هو موجب الجناية أحد الكليات الخمس التي شرعت لحفظ النفس والنسب والعقل والمال والدين ولهذه شرعت الحدود حفظاً لهذه الأمور، فشرع القصاص حفظاً للنفس فإذا علم القاتل أنه إذا قتل قتل انكفّ عن القتل، وشرع حد الزنا حفظاً للأنساب فإذا علم الشخص أنه إذا زنى رجم أو جلد انكفّ عن الزنا، وشرع حد الشرب حفظاً للعقل فإذا علم الشخص أنه إذا شرب المسكر حدّ انكفّ عن الشرب، وشرع حد السرقة حفظاً للمال فإذا علم السارق أنه إذا سرق قطعت يده انكفّ عن السرقة، وشرع قتل الردة حفظاً للدين فإذا علم أنه إذا ارتدّ قتل انكف عن الردة. والقتل ظلماً عدواناً أكبر الكبائر بعد الشرك بالله وموجب لاستحقاق العقوبة في الدنيا من حيث حق الآدمي وفي الآخرة من حيث حق الله تعالى. ويسقط حق الله تعالى بالتوبة الصحيحة لأنها صحيحة منه على الراجح أو بالحج المبرور على الصحيح لا بتسليم نفسه للقتل. ويسقط حق الآدمي بالعفو ولو مجاناً أو بالقود أو بأخذ الدية فلا مطالبة له في الآخرة. ومذهب أهل السنة أن القتل لا يقطع الأجل وإنما موته بأجله خلافاً للمعتزلة وأما خبر «إن المقتول يتعلق بقاتله يوم القيامة ويقول «يا رب ظلمني وقتلني فقطع أجلي» فمتكلم في إسناده وبتقدير صحته فهو محمول على مقتول سبق في علم الله تعالى أنه لو لم يقتل لكان يعطى أجلاً زائداً. وقوله والقتل ظلماً الخ أي من حيث القتل وظاهره ولو كان المقتول معاهداً ومؤمناً ولا مانع منه لكن ينبغي أن أفراده متفاوتة فقتل المسلم أعظم إنما من قتل الكافر وقتل الذمي أعظم من قتل المعاهد والمؤمّن، وقد يشهد لأصل التفاوت قوله ﷺ «لقتل مؤمن أعظم عند الله من زوال الدنيا وما فيها» أما الظلم من حيث الافتيات على الإمام كقتل الزاني المحصن وتارك الصلاة بعد أمر الإمام له فينبغي أن لا يكون كبيراً فضلاً عن كونه أكبر الكبائر. وقوله أو بأخذ الدية أي في قتل لا يوجب القود وعليه فلو عفا عن القصاص مجاناً أو على الدية سقط الطلب عن القاتل في الآخرة. =

. . . .

وهي: جمع جناية وجمعت ـ وإن كانت مصدراً لتنوعها كما سيأتي إلى عمد ـ وخطأ ـ وشبه عمد.

والأصل في ذلك قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨] وأخبار كخبر الصحيحين: «اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الْمُوبِقَاتِ قِيلَ: وَمَا هُنَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: الشِّرْكُ بِاللَّهِ تَعَالَى وَالسِّحْرُ وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلاَّ بِالحَقِّ وَأَكْلُ الرِّبَا، وَأَكْلُ مَالِ الْيَتِيمِ، وَالتَّوَلِّي يَوْمَ الزَّحْفِ وَقَذْفُ الْمُحْصَنَاتِ الغَافِلاَتِ»[1].

[القَوْلُ فِي ذَنْبِ الْقَتْلِ]

وقتل الآدمي عمداً بغير حق من أكبر الكبائر بعد الكفر فقد سئل النبيّ ﷺ: أي الذنب أعظم عند الله تعالى؟ قال: «أَنْ تَجْعَلَ لِلّهِ نَدًّا وَهُوَ خَلَقَكَ» قيل ثم أي؟ قال: «أَنْ تَقْتُلَ وَلَدَكَ مَخَافَةَ أَنْ يَطْعَمَ مَعَكَ» رواه الشيخان[2] وتصح توبة القاتل عمداً،

= وقوله فلا مطالبة له في الآخرة ظاهره لا للوارث ولا للمقتول. قال ابن القيم: والتحقيق أن القاتل يتعلق به ثلاثة حقوق حق لله وحق للمقتول وحق للولي، فإذا سلم القاتل نفسه طوعاً واختياراً للولي ندماً على ما فعل خوفاً من الله تعالى وتوبة نصوحاً سقط حق الله بالتوبة وحق الأولياء بالاستيفاء أو الصلح والعفو وبقي حق المقتول يعوضه الله عنه يوم القيامة عن عبده التائب ويصح بينه وبينه اهـ وهو لا ينافي قوله فلا مطالبة أخروية لجواز حمله على أن عدم المطالبة لتعويض الله إياه اهـ ع ش على م ر. قال بعضهم ينقسم القتل إلى الأحكام الخمسة واجب كقتل المرتد، وحرام كقتل المعصوم بغير حق، ومكروه كقتل الغازي قريبه إذا لم يسمعه يسبّ الله تعالى مثلاً، ومندوب كقتل الغازي المذكور إذا سمعه يسبّ الله أو رسوله، ومباح كقتل الإمام الأسير عند استواء الخصال في الأحظية فراجعه وأما قتل الخطأ فلا يوصف بحرام ولا حلال لأنه غير مكلف فيما أخطأ فيه فهو كفعل البهيمة والمجنون. قلت ينبغي أن يراجع ما ذكره في قتل الإمام الأسير فإنه إنما يقتل بالمصلحة وحيث اقتضت المصلحة قتله احتمل أن يكون واجباً إن ترتب على عدمه مفسدة ومندوباً إن كان فيه مصلحة تترجح على الترك بل يحتمل الوجوب حيث ظهرت المصلحة في قتله.

(١) أخرجه البخاري ٥/٢٩٣ (٢٧٦٦) وأخرجه مسلم ١/٩٢ (١٤٥/٨٩).

(٢) أخرجه البخاري ١٢/١٨٧ (٦٨٦١) ومسلم ١/٩١ (١٤٢/٨٦).

القَتْلُ عَلَى ثَلاَثَةِ أَضْرُبٍ: عَمْدٌ مَحْضٌ، وَخَطَأٌ مَحْضٌ، وَعَمْدٌ خَطَأٌ، فَالْعَمْدُ الْمَحْضُ هُوَ: أَنْ يَعْمَدَ إِلَى ضَرْبِهِ بِمَا يَقْتُلُ غَالِباً وَيَقْصِدَ قَتْلَهُ بِذَلِكَ.

لأن الكافر تصح توبته فهذا أولى ولا يتحتم عذابه بل هو في خطر المشيئة[١] ولا يخلد عذابه إن عذب، وإن أصر على ترك التوبة كسائر ذوي الكبائر غير الكفر وأما قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا﴾ [النساء: ٩٣] فالمراد بالخلود المكث الطويل فإن الدلائل تظاهرت على أن عصاة المسلمين لا يدوم عذابهم أو مخصوص بالمستحيل كما ذكره عكرمة وغيره. وإن اقتص منه الوارث أو عفا عنه على مال أو مجاناً فظواهر الشرع تقتضي سقوط المطالبة في الدار الآخرة كما أفتى به النووي وذكر مثله في شرح مسلم.

ومذهب أهل السنة أن المقتول لا يموت إلا بأجله والقتل لا يقطع الأجل خلافاً للمعتزلة فإنهم قالوا: القتل بقطعه.

[القَوْلُ فِي أَنْوَاعِ الْقَتْلِ]

ثم شرع في تقسيم القتل بقوله: (القتل على ثلاثة أضرب: عمد محض وخطأ محض وعمد خطأ) وجه الحصر في ذلك أن الجاني إن لم يقصد عين المجني عليه فهو الخطأ وإن قصدها فإن كان بما يقتل غالباً فهو العمد وإلا فشبه عمدٍ كما تؤخذ هذه الثلاثة من قوله: (فالعمد المحض) أي الخالص (هو) (أن يعمِد) بكسر الميم أي يقصد (إلى ضربه) أي الشخص المقصود بالجناية (بما يقتل غالباً) كجارح ومثقل وسحر (ويقصد) بفعله (قتله بذلك) عدواناً من حيث كونه مزهقاً للروح كما في الروضة، فخرج بقيد قصد الفعل ما لو تزلقت رجله فوقع على غيره فمات فهو خطأ وبقيد الشخص المقصود ما لو رمى زيداً فأصاب عمراً فهو خطأ وبقيد الغالب النادر كما لو غرز إبرة في غير مقتل[٢] ولم يعقبها ورم ومات فلا قصاص فيه، وإن كان

---

(١) أي إن شاء عذبه وإن شاء سامحه أي في خوف المشيئة لأنه يمكن أن يشاء الله عذابه قال اللقاني:

ومن يمت ولم يتب من ذنبه — فأمره مفوّض لربه

(٢) أي كورك وألية أما بمقتل كدماغ وعين وحلق وخاصرة وإحليل ومثانة وعجان بكسر العين وهو بين الخصية والدبر فعمد وإن انتفى ألم وورم لصدق حده عليه نظراً لخطر المحلّ وشدّة =

. . . .

عدواناً وبقيد العدوان القتل الجائز وبقيد حيثية الإزهاق للروح ما إذا استحق حز رقبته قصاصاً فَقَدَّهُ نصفين فلا قصاص فيه[1]، وإن كان عدواناً قال في «الروضة»: لأنه ليس عدواناً من حيث كونه مزهقاً وإنما هو عدوان من حيث إنه عدل عن الطريق.

فائدة - يمكن انقسام القتل إلى الأحكام الخمسة: واجب وحرام ومكروه ومندوب ومباح:

فالأول - قتل المرتد إذا لم يتب، والحربي إذا لم يسلم أو يعط - الجزية. والثاني: قتل المعصوم بغير حق، والثالث: قتل الغازي قريبه الكافر إذا لم يسب الله

= تأثره (قوله ولم يعقبها ورم) أي ولا تألم فإن عقبها ذلك حتى مات فعمد فالعمد في صورتين غرزها بمقتل مطلقاً وغرزها بغيره وتألم حتى مات فإن لم يظهر أثر ومات حالاً فشبه عمد ولا أثر لغرزها فيما لا يؤلم كجلدة عقب لعلمنا بأنه لم يمت به والموت عقبه موافقة قدر. فهو كمن ضرب بقلم أو ألقي عليه خرقة فمات شرح المنهج. وقوله ورم ليس بقيد بل المدار على التألم وقوله كجلدة عقب ما لم يبالغ في الغرز بها فإن بالغ حتى أدخلها إلى اللحم الحي فإنه يقتل لأنه عمد وقوله كمن ضرب بقلم كان الأولى أن يقول وخرج بما يتلف غالباً أو غير غالب ما لو ضربه بقلم الخ ولو منعه البول فمات فالظاهر أنه إن ربط ذكره بحيث لا يمكنه البول ومضت المدة المذكورة فهو كما لو منعه الطعام والشراب وإن لم يربطه بل منعه بتهديد مثلاً كإن بلت قتلتك فلا ضمان لأنه لم يحدث فعلاً يحال عليه الهلاك فهو كما أخذ طعامه في مفازة فمات. وينبغي أن من العمد ما لو أخذ من العوّام جرابه مثلاً مما يعتمد عليه في العوم وأنه لا فرق بين علمه بأنه يعرف العوم أم لا. فلو أخذ نحو جراب من عائم عليه فغرق ضمنه ولم يرتضه وقال لأنه كمن أخذ طعامه في مفازة. وقد يفرق والفرق ظاهر لأنه قادر في المفازة أن ينتقل إلى محل يجد فيه ما يقيه من الجوع وليس قادراً في الماء أن ينتقل إلى محل يقيه من الغرق ولأن من شأن الماء الإغراق وليس من شأن المفازة الإهلاك فتأمل. ولو حبسه ولم يمنعه شيئاً فترك الأكل خوفاً أو حزناً والطعام عنده فمات جوعاً أو عطشاً أو حتف أنفه أي من غير سبب أو غير ذلك فلا ضمان وخرج بمنعه الطعام ما لو كان في مفازة وأخذ طعامه وشرابه فمات جوعاً أو عطشاً فلا ضمان لأنه لم يحدث فيه صنعاً كذا في الروضة قال الأذرعي وهو متجه فيما إذا كان يمكنه الخروج منها فإن كان لا يمكنه ذلك لطولها أو لزمانته ولا طارق فالمتجه وجوب القود قال بعضهم ولو فصل بين أن يعلم الآخذ حال المفازة فيجب القود وبين أن يجهل فيجب دية شبه العمد لكان متجهاً.

(١) وفيه الدية إن كان في محل مؤلم فإن كان في غير مؤلم كجلدة عقب فلا شيء فيه.

فَيَجِبُ الْقَوْدُ عَلَيْهِ، فَإِنْ عَفَا عَنْهُ وَجَبَتْ دِيةٌ مُغَلَّظَةٌ حَالَّةٌ فِي مَالِ الْقَاتِلِ،

تعالى أو رسوله والرابع: قتله إذا سب أحدهما والخامس: قتل الإمام الأسير إذا استوت الخصال فإنه مخير فيه، وأما قتل الخطأ فلا يوصف بحلال ولا حرام لأنه غير مكلف فيما أخطأ فيه فهو كفعل المجنون والبهيمة.

الْوَاجِبُ فِي الْعَمْدِ الْمَحْضِ

(فيجب) في القتل العمد لا في غيره كما سيأتي (القود) أي القصاص لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨] الآية سواء أمات في الحال أم بعده بسراية جراحة وأما عدم وجوبه في غيره فسيأتي، وسمي القصاص قوداً لأنهم يقودون الجاني بحبل أو غيره إلى محل الاستيفاء، وإنما وجب القصاص فيه لأنه بدل متلف فتعين جنسه كسائر المتلفات.

(فإن عفا) المستحق[1] (عنه) أي القود مجاناً سقط ولا دية، وكذا إن أطلق العفو لا دية على المذهب لأن القتل لم يوجب الدية والعفو إسقاط ثابت[2] لا إثبات معدوم أو عفا على مال[3] (وجبت دية مغلظة) كما سنعرفه فيما سيأتي (حالة في مال القاتل) وإن لم يرض الجاني لما روى البيهقي عن مجاهد وغيره «كَانَ فِي شَرْعِ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ تَحَتُّمُ الْقِصَاصِ جَزْماً، وَفِي شَرْعِ عِيسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ الدِّيَةُ فَقَطْ، فَخَفَّفَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْ هَذِهِ الْأُمَّةِ وَخَيَّرَهَا بَيْنَ الْأَمْرَيْنِ» لما في الإلزام بأحدهما من المشقة، ولأن الجاني محكوم عليه. فلا يعتبر رضاه كالمحال عليه ولو عفا عن عضو من أعضاء الجاني سقط كله كما أن تطليق بعض المرأة تطليق لكلها، ولو عفا بعض المستحقين

---

(١) كلام المتن شامل لما لو عفا مجاناً أو أطلق مع أنه في ذلك لا شيء فلذلك أصلح الشارح المتن بما فعله. وقوله على مال المراد به الدية بأن يقول عفوت عن القود على الدية أما لو قال عفوت عن الدية فلغو فإن عفا عليها بعد عفوه عنها ولو متراخياً وجبت وسواء كان العافي محجور سفه أو فلس أو مريضاً أو وارث مديون لأن الواجب القود عيناً وليس في العفو عنه تضييع مال.

(٢) هو القصاص لا إثبات معدوم وهو الدية.

(٣) وهو الدية ولو عبر بها لكان أولى وفي المنهج ولو عفا على غير جنسها أي الدية أو على أكثر منها ثبت إن قبل جاز ذلك وإلا فلا يثبت ولا يسقط القود.

وَالْخَطَأُ الْمَحْضُ أَنْ يَرْمِيَ إِلَى شَيْءٍ فَيُصِيبَ رَجُلاً فَيَقْتُلَهُ، فَلاَ قَوَدَ عَلَيْهِ، بَلْ تَجِبُ دِيَةٌ مُخَفَّفَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ مُؤَجَّلَةٌ فِي ثَلاَثِ سِنِينَ، وَعَمْدُ الخَطَإِ: أَنْ يَقْصِدَ ضَرْبَهُ بِمَا لاَ يَقْتُلُ غَالِباً فَيَمُوتُ، فَلاَ قَوَدَ عَلَيْهِ، بَلْ تَجِبُ دِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ

سقط أيضاً وإن لم يرض البعض الآخر لأن القصاص لا يتجزأ، ويغلب فيه جانب السقوط.

[القَوْلُ فِي الْخَطَإِ الْمَحْضِ]

(والخطأ المحض) هـو أن يقصد الفعل دون الشخص كأن (يرمي إلى شيء) كشجرة وصيد (فيصيب) إنساناً (رجلاً) أي ذكراً أو غيره (فيقتله) أو يرمي زيداً فيصيب عمراً كما مر ولم يقصد أصل الفعل كأن زلق فسقط على غيره فمات كما مر أيضاً (فلا قود عليه) لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً[١] خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢] فأوجب الدية ولم يتعرض للقصاص (بل تجب دية) للآية المذكورة (مخففة على العاقلة) كما ستعرفه في فصلها (مؤجلة) عليهم لأنهم يحملونها على سبيل المواساة، ومن المواساة تأجيلها عليهم (في ثلاث سنين) بالإجماع كما رواه الشافعي رضي الله تعالى عنه وغيره، .

(وعمد الخطأ) المسمى بشبه العمد هو (أن يقصد ضربه) أي الشخص (بما لا يقتل غالباً) (كسوط أو عصا خفيفة أو نحو ذلك (فيموت) بسببه، (فلا قود عليه) لفقد الآلة القاتلة غالباً فموته بغيرها مصادفة قدر.

(بل تجب دية مغلظة) لقوله ﷺ: «أَلَا إِنَّ فِي قَتِيلِ عَمْدِ الْخَطَأِ قَتِيلِ السَّوْطِ أَوِ الْعَصَا مِائَةً مِنَ الإِبِلِ مُغَلَّظَةً مِنْهَا أَرْبَعُونَ خَلِفَةً فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا»[٢] والمعنى فيه أن شبه العمد متردد بين العمد والخطأ فأعطي حكم العمد من وجه تغليظها وحكم الخطأ

---

(١) والمراد بالخطأ مقابل العمد الصادق بشبه العمد. واعلم أن المصدر إذا وقع جواباً للشرط واقترن بالفاء جرى مجرى الأمر والتقدير هنا فليحرر رقبة.

(٢) أخرجه الشافعي ٢/ ١٠٨ (٣٦١) وأبو داود ٤/ ٦٨٤ (٤٥٤٩) والنسائي ٨/ ٤٢ وابن ماجة ٢/ ٨٧٨ (٢٦٢٨) وأحمد ٢/ ١١ والدارقطني ٣/ ١٠٥.

عَلَى الْعَاقِلَةِ مُؤَجَّلَةٌ.

من وجه كونها (على العاقلة) لما في الصحيحين: «أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى بِذَلِكَ»[1] (مؤجلة) عليهم كما في دية الخطأ.

تنبيه ـ جهات تحمل الدية ثلاث: قرابة وولاء وبيت مال، لا غيرها كزوجية وقرابة ليست بعصبة، ولا الفريد الذي لا عشيرة له فيدخل نفسه في قبيلة ليعد منها.

الجهة الأولى: عصبة الجاني الذين يرثونه بالنسب أو الولاء إذا كانوا ذكوراً مكلفين قال الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه: ولا أعلم مخالفاً في أن العاقلة العصبة، وهم القرابة من قبل الأب، قال ولا أعلم مخالفاً في أن المرأة والصبي وإن أيسر لا يحملان شيئاً وكذا المعتوه عندي انتهى. واستثني من العصبة أصل الجاني وإن علا وفرعه وإن سفل لأنهم أبعاضه، فكما لا يتحمل الجاني لا يتحمل أبعاضه.

ويقدم في تحمل الدية من العصبة الأقرب فالأقرب، فإن لم يف الأقرب بالواجب بأن بقي منه شيء وزِّع الباقي على من يليه الأقرب فالأقرب ويُقَدَّم من ذكر مدل بأبوين على مدل بأب فإن لم يف ما عليهم بالواجب فمعتق ذكر لخبر: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ» ثم إن فقد المعتق أو لم يف ما عليه بالواجب فعصبته من نسب غير أصله وإن علا وفرعه وإن سفل كما مر في أصل الجاني وفرعه ثم معتق ثم عصبته كذلك وهكذا ما عدا الأصل والفرع ثم معتق أب الجاني ثم عصبته ثم معتق معتق الأب وعصبته غير أصله وفرعه وكذا أبداً وعتيق المرأة يعقله عاقلتها ومعتقون في تحملهم كمعتق واحد، وكل شخص من عصبة كل معتق يحمل ما كان يحمله ذلك المعتق في حياته، ولا يعقل عتيق عن معتقه كما لا يرثه فإن فقد العاقل ممن ذكر عقل ذوو الأرحام إذا لم ينتظم أمر بيت المال فإن انتظم عقل بيت المال فإن فقد بيت المال فكلها على الجاني بناء على أنها تلزمه ابتداء ثم تتحملها العاقلة وهو الأصح. وصفات من يعقل خمس: الذكورة وعدم الفقر والحرية والتكليف واتفاق الدين، فلا تعقل امرأة ولا خنثى نعم إن بان ذكراً غرم حصته التي أداها غيره ولو فقير ولا كسوباً ولا رقيق ولو مكاتباً ولا صبي ولا

---

(١) البخاري (٦٩١٠) ومسلم ٣/ ١٣٠٩ (٣٦/ ١٦٨١).

وَشَرَائِطُ وُجُوبِ الْقِصَاصِ أَرْبَعَةٌ: أَنْ يَكُونَ الْقَاتِلُ بَالِغاً، عَاقِلاً

مجنون، ولا مسلم عن كافر وعكسه ويعقل يهودي عن نصراني وعكسه كالإرث وعلى الغني في كل سنة من العاقلة ـ وهو من يملك فاضلاً عما يبقى له في الكفارة عشرين ديناراً أو قدرها اعتباراً بالزكاة ـ نصف دينار على أهل الذهب أو قدره دراهم على أهل الفضة وعلى المتوسط منهم ـ وهو من يملك فاضلاً عما ذكر دون العشرين ديناراً أو قدرها وفوق ربع دينار لئلا يبقى فقيراً ـ ربع دينار أو ثلاثة دراهم لأنه واسطة بين الفقير الذي لا شيء عليه والغني الذي عليه نصف دينار، وتحمل العاقلة الجناية على العبد لأنه بدل آدمي، ففي آخر كل سنة يؤخذ من قيمته قدر ثلث دية، ولو قتل شخص رجلين مثلاً ففي ثلاث سنين والأطراف كقطع اليدين والحكومات[١] وأروش الجنايات تؤجل في كل سنة قدر ثلث دية كاملة وأجل دية النفس من الزهوق، وأجل دية غير النفس كقطع يد من ابتداء الجناية، ومن مات من العاقلة في أثناء سنة سقط من واجب تلك السنة قسطه.

[القَوْلُ فِي شُرُوطِ وُجُوبِ القِصَاصِ]

(وشرائط وجوب القصاص) في العمد[٢] (أربعة) بل خمسة كما ستعرفه:

الأول ـ (أن يكون القاتل بالغاً) والثاني: أن يكون (عاقلاً) ـ فلا قصاص على صبي ومجنون لرفع القلم عنهما، وتضمينهما متلفاتهما إنما هو من باب خطاب الوضع فتجب الدية في مالهما.

تنبيه ـ محل عدم إيجابه على المجنون إذا كان جنونه مطبقاً، فإن تقطع فله حكم المجنون حال جنونه وحكم العاقل حال إفاقته، ومن لزمه قصاص ثم جن استوفى منه حال جنونه، لأنه لا يقبل الرجوع ولو قال: كنت يوم القتل صبياً أو مجنوناً وكذبه ولي المقتول صدق القاتل بيمينه، إن أمكن الصبا وقت القتل وعهد الجنون قبله، لأن

---

(١) هي واجبة فيما لا مقدّر له ولا تعرف نسبته إلى مقدّر وأروش الجناية واجبة فيما له مقدر كالموضحة أو عرفت نسبته من مقدّر كجرح قبل الموضحة كالسمحاق.

(٢) لبيان الواقع لأن القصاص لا يكون في غيره.

وَأَنْ لَاّ يَكُونَ وَالِداً لِلْمَقْتُولِ، وَأَنْ لَاّ يَكُونَ الْمَقْتُولُ أَنْقَصَ مِنَ الْقَاتِلِ بِكُفْرٍ أَوْ رِقٍّ

الأصل بقاؤهما بخلاف ما إذا لم يمكن صباه ولم يعهد جنونه، والمذهب وجوب القصاص على السكران المتعدي بسكره لأنه مكلف عند غير النووي، ولئلا يؤدي إلى ترك القصاص لأن من رام القتل لا يعجز أن يسكر حتى لا يقتص منه وهذا كالمستثنى من شرط العقل، وهو من قبيل ربط الأحكام بالأسباب، وألحق به من تعدى بشرب دواء يزيل العقل، أما غير المتعدي فهو كالمعتوه فلا قصاص عليه، ولا قصاص ولا دية على حربي قتل حال حرابته وإن عصم بعد ذلك بإسلام أو عقد ذمة، لما تواتر من فعله ﷺ والصحابة بعده من عدم القصاص ممن أسلم كوحشي قاتل حمزة. ولعدم التزامه الأحكام.

(و) **الثالث**: (أن لا يكون) القاتل (والداً للمقتول) فلا قصاص بقتل ولد القاتل وإن سفل لخبر الحاكم والبيهقي وصححاه: «لَا يُقَادُ لِلابْنِ مِنْ أَبِيهِ وَلَوْ كَافِراً» ولرعاية حرمته ولأنه كان سبباً في وجوده فلا يكون سبباً في عدمه.

تنبيه ـ هل يقتل بولده المنفي باللعان؟ وجهان، ويجريان في القطع بسرقة ماله وقبول شهادته له قال الأذرعي: والأشبه أنه يقتل به ما دام مصراً على النفي انتهى والأوجه أنه لا يقتل به مطلقاً للشبهة كما قاله غيره، ولا قصاص للولد على الوالد كأن قتل زوجة نفسه وله منها ولد، أو قتل زوجة ابنه أو لزمه قود فورث بعضه ولده كأن قتل أبا زوجته ثم ماتت الزوجة وله منها ولد، لأنه إذا لم يقتل بجنايته على ولده فلأن لا يقتل بجنايته على من له في قتله حق أولى، وأفهم كلامه أن الولد يقتل بكل واحد من والديه، وهو كذلك، بشرط التساوي في الإسلام والحرية، إلا أنه يستثنى منه المكاتب إذا قتل أباه وهو يملكه فلا يقتل به على الأصح في «الروضة» وتقتل المحارم بعضهم ببعض ويقتل العبد بعبد لوالده.

(و) **الرابع**: (أن لا يكون المقتول أنقص من القاتل بكفر أو رق) أو هدر دم تحقيقاً للمكافأة المشروطة لوجوب القصاص بالأدلة المعروفة، فإن كان أنقص بأن قتل مسلم وكافراً أو حر من فيه رق أو معصوم بالإسلام زانياً محصناً فلا قصاص حينئذ، وخرج بتقييد العصمة بالإسلام المعصوم بجزية كالذمي، فإنه يقتل بالزاني المحصن

وبذمي أيضاً وإن اختلفت ملتهما فيقتل يهودي بنصراني ومعاهد ومستأمن ومجوسي وعكسه لأن الكفر كله ملة واحدة من حيث إن النسخ شمل الجميع، فلو أسلم الذمي القاتل لم يسقط القصاص لتكافئهما حال الجناية لأن الاعتبار في العقوبات بحال الجنايات، ولا نظر لما يحدث بعدها، ويقتل رجل بامرأة وخنثى كعكسه، وعالم بجاهل كعكسه، وشريف بخسيس وشيخ بشاب كعسكهما.

والخامس ـ عصمة القتيل بإيمان أو أمان كعقد ذمة أو عهد لقوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ﴾ [التوبة: ٢٩] الآية، ولقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ﴾ [التوبة: ٦] الآية، فيهدر الحربي ولو صبياً وامرأة وعبداً، لقوله تعالى: ﴿اقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥] ومرتد في حق معصوم لخبر: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ»[1] كزانٍ محصن قتله مسلم معصوم كما مر لاستيفائه حق الله تعالى، سواء أثبت زناه بإقراره أم ببينة ومن عليه قود لقاتله لاستيفائه حقه، وبقتل قن ومدبر ومكاتب وأم ولد بعضهم ببعض وإن كان المقتول لكافر والقاتل لمسلم ولو قتل عبد عبداً ثم عتق القاتل فكحدوث الإسلام لذمي قتل، وحكمه كما سبق، ومن بعضه حر لو قتل مثله سواء زادت حرية القاتل على حرية المقتول أم لا لا قصاص، لأنه لم يقتل بالبعض الحر البعض الحر وبالرقيق الرقيق بل قتله جميعه بجميعه حرية ورقاً شائعاً فيلزم قتل جزء حرّية بجزء رق وهو ممتنع، والفضيلة في شخص لا تجبر النقص فيه، ولهذا لا قصاص بين عبد مسلم وحر ذمي لأن المسلم لا يقتل بالذمي، والحر لا يقتل بالعبد ولا تجبر فضيلة كل منهما نقيصته.

[الْقَوْلُ فِي قَتْلِ الْجَمَاعَةِ بِالْوَاحِدِ]

(وتقتل الجماعة) وإن كثروا (بالواحد) وإن تفاضلت جراحاتهم في العدد والفحش والأرش، سواء أقتلوه بمحدد أم بغيره: كان ألقوه من شاهق أو في بحر لما روى مالك أن عمر رضي الله تعالى عنه قتل نفراً خمسة أو سبعة برجل قتلوه غيلة أي

---

(١) أخرجه البخاري ١٢/٢٦٧ (٦٩٢٢).

وَكُلُّ شَخْصَيْنِ جَرَى القِصَاصُ بَيْنَهُمَا فِي النَّفْسِ يَجْرِي بَيْنَهُما فِي الأَطْرَافِ، وَشَرَائِطُ وُجُوبِ القِصَاصِ فِي الأَطْرافِ بَعْدَ الشَّرَائِطِ الْمَذْكُورَةِ اثْنَانِ: الاِشْتِرَاكُ فِي الاِسْمِ الخَاصِّ اليُمْنَى بِالْيُمْنَى وَالْيُسْرَى بِالْيُسْرَى،

حيلة بأن يخدع ويقتل في موضع لا يراه فيه أحد، وقال: «لَوْ تَمَالأَ» أي اجتمع «عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ لَقَتَلْتُهُمْ بِهِ جَمِيعاً» ولم ينكر عليه أحد، فصار ذلك إجماعاً، ولأن القصاص عقوبة تجب للواحد، على الواحد، فتجب للواحد على الجماعة كحد القذف، ولأنه شرع لحقن الدماء فلو لم يجب عند الاشتراك لكان كل من أراد أن يقتل شخصاً استعان بآخر على قتله واتخذ ذلك ذريعة لسفك الدماء لأنه صار آمناً من القصاص، وللولي العفو عن بعضهم على الدية، وعن جميعهم عليها ثم إن كان القتل بجراحات وزعت الدية باعتبار عدد الرؤوس لأن تأثير الجراحات لا ينضبط وقد تزيد نكاية الجرح الواحد على جراحات كثيرة وإن كان بالضرب فعلى عدد الضربات لأنها تلاقي الظاهر ولا يعظم فيها التفاوت بخلاف الجراحات، ومن قتل جمعاً مرتباً قتل بأولهم أو دفعة فبالقرعة وللباقين الديات لتعذر القصاص عليهم ولو قتله غير الأول من المستحقين في الأولى أو غير من خرجت قرعته منهم في الثانية عصى ووقع قتله قصاصاً وللباقين الديات لتعذر القصاص عليهم بغير اختيارهم، ولو قتلوه كلهم أساؤوا ووقع القتل موزعاً عليهم ورجع كل منهم بالباقي له من الدية.

الْقِصَاصُ فِي الأَطْرَافِ

(وكل شخصين جرى القصاص بينهما في النفس) بالشروط المتقدمة (يجري بينهما) القصاص (في) قطع (الأطراف) وفي الجرح المقدر كالموضحة كما سيذكره المصنف وفي إزالة بعض المنافع المضبوطة كضوء العين والسمع والشم والبطش والذوق قال في «الروضة»: لأن لها محالاً مضبوطة ولأهل الخبرة طرق في إبطالها.

[الْقَوْلُ فِي شُرُوطِ الْقِصَاصِ فِي الأَطْرَافِ]

(وشرائط وجوب القصاص في الأطراف بعد الشرائط) الخمسة (المذكورة) في قصاص النفس (اثنان): الأول (الاشتراك في الاسم الخاص) رعاية للمماثلة (اليمنى باليمنى واليسرى باليسرى) فلا تقطع يسار بيمين ولا شفة سفلى بعليا وعكسهما ولا

وَأَنْ لَاَّ يَكُونَ بِأَحَدِ الطَّرَفَيْنِ شَلَلٌ،

حادث بعد الجناية بموجود، فلو قلع سناً ليس له مثلها فلا قود وإن نبت له مثلها بعد، وخرج بقيد الاسم الخاص الاشتراك في البدن فلا يشترط، فيقطع الرجل بالمرأة وعكسه، والذمي بالمسلم، والعبد بالحر، ولا عكس فيهما قاله في «الروضة» (و) الثاني (أن لا يكون بأحد الطرفين) أي الجاني والمجني عليه (شلل) وهو: يبس في العضو يبطل عمله فلا تقطع صحيحة من يد أو رجل بشلاء، وإن رضي به الجاني أو شلت يده أو رجله بعد الجناية لانتفاء المماثلة، فلو خالف صاحب الشلاء وفعل القطع بغير إذن الجاني لم يقع قصاصاً لأنه غير مستحق، بل عليه ديتها وله حكومة يده الشلاء، فلو سرى القطع فعليه قصاص النفس لتفويتها بغير حق، وتقطع الشلاء بالشلاء إذا استويتا في الشلل أو كان شلل الجاني أكثر ولم يخف نزف الدم وإلا فلا قطع وتقطع الشلاء أيضاً بالصحيحة لأنها دون حقه إلا أن يقول أهل الخبرة لا ينقطع الدم بل تنفتح أفواه العروق ولا تنسد بحسم النار ولا غيره فلا تقطع بها وإن رضي الجاني كما نص عليه في الأم حذراً من استيفاء النفس بالطرف، فإن قالوا «ينقطع الدم» وقنع بها مستوفيها بأن لا يطلب أرشاً للشلل قطعت لاستوائهما في الجرم، وإن اختلفا في الصفة لأن الصفة المجردة تقابل بمال وكذا لو قتل الذمي بالمسلم والعبد بالحر لم يجب لفضيلة الإسلام والحرية شيء ويقطع عضو سليم بأعسم وأعرج إذ لا خلل في العضو والعسم ـ بمهملتين مفتوحتين ـ تشنج في المرفق أو قصر في الساعد أو العضد، ولا أثر في القصاص في يد أو رجل لخضرة أظفارها وسوادها لأنه علة أو مرض في الظفر وذلك لا يؤثر في وجوب القصاص، وتقطع ذاهبة الأظفار بسليمتها لأنها دونها دون عكسه لأن الكامل لا يؤخذ بالناقص، والذكر صحة وشللاً كاليد صحة وشللاً والذكر الأشل منقبض لا ينبسط وعكسه، ولا أثر للانتشار وعدمه فيقطع ذكر فحل بذكر خصي وعنين وأنف صحيح الشم بأخشم وتقطع أذن سميع بأصم ولا تؤخذ عين صحيحة بحدقة عمياء ولا لسان ناطق بأخرس وفي قلع السن قصاص، قال الله تعالى: ﴿وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ﴾ [البقرة: ١٧٨] ولا قصاص في كسرها كما لا قصاص في كسر العظام، نعم إن أمكن فيها القصاص فعن النص أنه يجب لأن السن عظم مشاهد من أكثر الجوانب، ولأهل الصنعة آلات قطاعة يعتمد عليها في الضبط فلم تكن

وَكُلُّ عُضْوٍ أُخِذَ مِنْ مِفْصَلٍ فَفِيهِ القِصَاصُ. وَلَا قِصَاصَ فِي الْجُرُوحِ إِلَّا فِي المُوضِحَةِ.

كسائر العظام ولو قلع شخص مثغور ـ وهو الذي سقطت رواضعه ـ سن كبير[١] أو صغير لم تسقط أسنانه الرواضع ومنها المقلوعة فلا ضمان في الحال، لأنها تعود غالباً فإن جاء وقت نباتها بأن سقط البواقي ونبتت دون المقلوعة وقال أهل الخبرة «فسد المنبت» وجب القصاص فيها حينئذ، ولا يستوفى للصغير في صغره لأن القصاص للتشفي ولو قلع شخص سن مثغور فنبتت لم يسقط القصاص، لأن عودها نعمة جديدة من الله تعالى (وكل عضو أخذ) أي قطع جناية (من مَفْصِل) ـ بفتح الميم وكسر المهملة ـ كالمرفق والأنامل والكوع ومفصل القدم والركبة (ففيه القصاص) لانضباط ذلك مع الأمن من استيفاء الزيادة، ولا يضر في القصاص عند مساواة المحل كبر وصغر وقصر وطول وقوة بطش وضعفه في عضو أصلي أو زائد ومن المفاصل أصل الفخذ الجاني والمنكب فإن أمكن القصاص فيهما بلا جائفة اقتص وإلا فلا سواء أجاف الجاني أم لا نعم إن مات المجني عليه بذلك قطع الجاني وإن لم يمكن بلا إجافة ويجب القصاص في فقء عين وفي قطع أذن وجفن وشفة سفلى وعليا ولسان وذكر وأنثيين وشفرين[٢] وهما ـ بضم الشين المعجمة ـ تثنية شفر وهو حرف الفرج وفي الأليتين وهما اللحمان الناتئان بين الظهر والفخذ (ولا قصاص في الجروح) في سائر البدن لعدم ضبطها وعدم أمن الزيادة والنقصان طولاً وعرضاً (إلا في) الجراحة (الموضحة) للعظم في أي موضع من البدن من غير كسر ففيها القصاص لتيسر ضبطها.

[القَوْل فِي حكْمِ الجُرُوحِ فِي القِصَاصِ]

تتمة ـ يعتبر قدر الموضحة بالمساحة طولاً وعرضاً في قصاصها لا بالجزئية، لأن الرأسين مثلاً قد يختلفان صغراً وكبراً، ولا يضر تفاوت غلظ لحم وجلد في قصاصها، ولو أوضح[٣] كل رأس المشجوج ورأس الشاج أصغر من رأسه استوعبناه

---

(١) ولو قال سنّ غير مثغور لكان أخصر وأولى.

(٢) وهو بضم الشين الجمع أشفار مثل قفال وأقفال وحكي فتح الشين وشفر كل شيء حرفه.
مثل قفال وأقفال وحكي فتح الشين وشفر كل شيء حرفه.

(٣) أي الجاني كل رأس المشجوج، هذا شروع في مسائل ثلاث: الأولى أن تكون رأس الشاج أصغر. =

فَصْــلٌ

وَالدِّيَةُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: مُغَلَّظَةٌ، وَمُخَفَّفَةٌ،

إيضاحاً، ولا نكتفي به ولا نتممه من غيره، بل نأخذ قسط الباقي من أرش الموضحة لو وزع على جميعها، وإن كان رأس الشاج أكبر من رأس المشجوج أخذ منه قدر موضحة رأس المشجوج فقط، والخبرة في تعيين موضعه للجاني ولو أوضح ناصية من شخص وناصيته أصغر من ناصية المجني عليه تمم من باقي الرأس لأن الرأس كله عضو واحد، ولو زاد المقتص عمداً موضحة على حقه لزمه قصاص الزيادة لتعمده، فإن كان الزائد خطأ أو شبه عمد أو عمداً وعفي عنه على مال وجب أرش كامل، ولو أوضحه جمع بتحاملهم على آلة واحدة أوضح من كل واحد منهم موضحة مثلها كما لو اشتركوا في قطع عضو.

فَصْــلٌ فِي الــدِّيَةِ

وهي في الشرع: اسم للمال الواجب بجناية على الحر في نفس أو فيما دونها وذكرها المصنف عقب القصاص لأنها بدل عنه على الصحيح.

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع قال تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢] والأحاديث الصحيحة طافحة بذلك والإجماع منعقد على وجوبها في الجملة.

[القَوْلُ فِي أَنْوَاعِ الدِّيَةِ]

(والدية) الواجبة ابتداء أو بدلاً (على ضربين) الأول (مغلظة) من ثلاثة أوجه أو من واحد (و) الثاني (مخففة) من ثلاثة أوجه أو من وجهين.

تنبيه ـ الدية قد يعرض لها ما يغلظها، وهو أحد أسباب خمسة: كون القتل عمداً، أو شبه عمد أو في الحرم أعلى أو في الأشهر الحرام أو ذي رحم محرم وقد

= الثانية العكس. الثالثة إذا أوضح ناصية وناصية الشاج أصغر وترك الشارح رابعة وهي ما إذا كانت ناصية الشاج أكبر.

فَالْمُغَلَّظَةُ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ: ثَلَاثُونَ حِقَّةً وَثَلَاثُونَ جَذَعَةً، وَأَرْبَعُونَ خَلِفَةً فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا.

يعرض لها ما ينقصها وهو أحد أسباب أربعة الأنوثة والرق وقتل الجنين والكفر، فالأول يردها إلى الشطر، والثاني إلى القيمة، والثالث إلى الغرة، والرابع إلى الثلث أو أقل، وكون الثاني أنقص جرى على الغالب، وإلا فقد تزيد القيمة على الدية.

[القَوْلُ فِي الدِّيَةِ المُغَلَّظَةِ]

ثم شرع المصنف في القسم الأول ـ وهي المغلظة ـ فقال: (فالمغلظة مائة من الإبل) في القتل العمد سواء وجب فيه قصاص وعفي على مال أم لا كقتل الوالد ولده (ثلاثون حقة وثلاثون جذعة) وتقدم بيانهما في الزكاة (وأربعون خلفة) هي التي (في بطونها أولادُها) لخبر الترمذي بذلك، والمعنى أن الأربعين حوامل، ويثبت حملها بقول أهل الخبرة بالإبل وذلك في قتل الذكر المسلم الحر المحقون الدم غير جنين انفصل بجناية ميتاً والقاتل له لا رق فيه، لأن الله تعالى[1] أوجب في الآية المذكورة دية وبيّنها النبيّ ﷺ في كتاب عمرو بن حزم في قوله: «فِي النَّفْسِ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ» رواه النسائي[2]، ونقل ابن عبدالبر وغيره. فيه الإجماع ولا تختلف الدية بالفضائل والرذائل وإن اختلفت بالأديان والذكورة والأنوثة بخلاف الجناية على الرقيق فإن فيه القيمة المختلفة.

أما إذا كان غير محقون الدم كتارك الصلاة كسلاً والزاني المحصن إذا قتل كلاً منهما مسلم فلا دية فيه ولا كفارة، وإن كان القاتل رقيقاً لغير المقتول ولو مكاتباً وأم ولد فالواجب أقل الأمرين من قيمته والدية، وإن كان مبعضاً لزمه لجهة الحرية القدر الذي يناسبها من نصف أو ثلث مثلاً ولجهة الرق أقل الأمرين من القيمة والدية.

وهذه الدية مغلظة من ثلاثة أوجه كونها على الجاني، وحالة، ومن جهة السن.

---

(١) فيه نظر لأن الدية التي في الآية في الخطأ وبيان النبي لها والذي في المتن العمد فالمعوّل عليه في ذلك الإجماع.

(٢) أخرجه الدارمي ٢/ ١٩٣ والنسائي ٨/ ٥٧ والحاكم ١/ ٣٩٥.

وَالْمُخَفَّفَةُ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ: عِشْرُونَ حِقَّةً، وَعِشْرُونَ جَذَعَةً، وَعِشْرُونَ بِنْتَ لَبُونٍ، وَعِشْرُونَ ابْنَ لَبُونٍ، وَعِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ

والخلفة ـ بفتح الخاء المعجمة وكسر اللام وبالفاء ـ لا جمع لها من لفظها عند الجمهور بل من معناها وهو مخاض، كامرأة ونساء وقال الجوهري جمعها خلف بكسر اللام أيضاً، وابن سيده خلفات.

وفي شبه العمد مغلظة من وجه واحد، وهو كونها مثلثة.

[الْقَوْلُ فِي الدِّيَةِ الْمُخَفَّفَةِ]

(والمخففة) بسبب قتل الذكر الحر المسلم (مائة من الإبل) وهي في الخطأ مخففة من ثلاثة أوجه: الأول: وجوبها مخمسة (عشرون حقة وعشرون جذعة، وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون بنت مخاض) وتقدم بيانها في الزكاة والثاني وجوبها على العاقلة، والثالث: وجوبها مؤجلة في ثلاث سنين.

[الْقَوْلُ فِي دِيَةِ شِبْهِ الْعَمْدِ]

وفي شبه العمد مخففة من وجهين، وهما: وجوبها على العاقلة ووجوبها مؤجلة في ثلاث سنين ولا يقبل في إبل الدية معيب بما يثبت الرد في البيع، وإن كانت إبل من لزمته معيبة لأن الشرع أطلقها فاقتضت السلامة، وخالف ذلك للزكاة لتعلقها بعين المال، وخالف الكفارة أيضاً لأن مقصودها تخليص الرقبة من الرق لتستقل فاعتبر فيها السلامة مما يؤثر في العمل والاستقلال إلا برضا المستحق بذلك إذا كان أهلاً للتبرع، لأن الحق له فله إسقاطه ومن لزمته دية وله إبل فتؤخذ منها ولا يكلف غيرها لأنها تؤخذ على سبيل المواساة[١] فكانت مما عنده، كما تجب الزكاة في نوع النصاب فإن لم يكن له إبل فمن غالب إبل بلده أو غالب إبل قبيلة بدوي لأنها بدل متلف فوجب فيها البدل الغالب كما في قيمة المتلفات، فإن لم يكن في البلدة أو القبيلة إبل بصفة الإجزاء فتؤخذ من غالب إبل أقرب البلاد أو أقرب القبائل إلى موضع المؤدي فيلزمه نقلها كما في زكاة الفطر ما لم تبلغ مؤنة نقلها مع قيمتها أكثر من ثمن المثل ببلدة أو

---

(١) هذا خاص بما إذا كانت واجبة على العاقلة ولا يشمل ما إذا كانت واجبة على الجاني.

فَإِنْ عُدِمَتِ الإِبْلُ انْتقلَ إِلَى قِيمَتِهَا، وَقِيلَ: يُنْتَقَلُ إِلَى أَلْفِ دِينَارٍ أَو اثْنَيْ عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَإِنْ غُلِّظَتْ زِيدَ عَلَيْهَا الثُّلُثُ وَتُغَلَّظُ دِيَةُ الْخَطَإِ فِي ثَلَاثَةِ

قبيلة العدم فإنه لا يجب حينئذ نقلها وهذا ما جرى عليه ابن المقري، وهو أولى من الضبط بمسافة القصر، وإذا وجب نوع من الإبل لا يعدل عنه إلى نوع من غير ذلك الواجب ولا إلى قيمة عنه إلا بتراض من المؤدي والمستحق.

تنبيه ـ ما ذكره المصنف من التغليظ والتخفيف في النفس يجري مثله في الأطراف والجروح.

[القَوْلُ فِي الْحُكْمِ إِذَا عَدِمَتِ الإِبِلُ]

(فإن عدمت الإبل) حساً بأن لم توجد في موضع يجب تحصيلها منه أو شرعاً بأن وجدت فيه بأكثر من ثمن مثلها (انتقل إلى قيمتها)[1] وقت وجوب تسليمها بالغة ما بلغت لأنها بدل متلف فيرجع إلى قيمتها عند إعواز أصله وتقوم بنقد بلده الغالب لأنه أقرب من غيره وأضبط، فإن كان فيه نقدان فأكثر لا غالب فيهما تخير الجاني بينهما وهذا هو القول الجديد وهو الصحيح (وقيل) وهو القول القديم (ينتقل) المستحق عند عدمها (إلى) أخذ (ألف دينار) من أهل الدنانير (أو) ينتقل إلى (اثني عشر ألف درهم) فضة من أهل الدراهم والمعتبر فيهما المضروب الخالص، وعلى القديم (إن غلظت) الدية ولو من وجه واحد (زيد عليها) لأجل التغليظ (الثلث) أي قدره على أحد الوجهين المفرعين عليه، ففي الدنانير ألف وثلاث وثلاثون ديناراً وثلث دينار، وفي الفضة ستة عشر ألف درهم، والمصنف في هذا تابع لصاحب المهذب وهو ضعيف، وأصحهما في الروضة أنه لا يزاد شيء لأن التغليظ في الإبل إنما ورد بالسن والصفة لا بزيادة العدد وذلك لا يوجد في الدنانير والدراهم.

[القَوْلُ فِي أَسْبَابِ تَغْلِيظِ دِيَةِ الْخَطإِ]

(وتـغلـظ دية الخطأ) من وجه واحد. وهو وجوبها مثلثة (في) أحد (ثلاثة

---

(١) هذا إن لم يهمل الدافع فإن أمهل بأن قال له المستحق أنا أصبر حتى توجد الإبل لزمه امتثاله لأنها الأصل فإن أخذت القيمة فوجدت الإبل لم ترد لتشترى الإبل لانفصال الأمر بالأخذ.

مَوَاضِعَ: إِذَا قَتَلَ فِي الحَرَمِ، أَوْ قَتَلَ فِي الأَشْهُرِ الحُرُمِ،

مواضع): الأول: (إذا قتل) خطأ (في الحرم)[1] أي حرم مكة، فإنها تثلث فيه، لأن له تأثيراً في الأمن بدليل إيجاب جزاء الصيد المقتول فيه سواء أكان القاتل والمقتول فيه أم أصيب المقتول فيه ورمي من خارجه أم قطع السهم في مروره هواء الحرم[2] وهما بالحل.

تنبيه ـ الكافر لا تغلظ ديته في الحرم كما قاله المتولي، لأنه ممنوع من دخوله فلو دخله لضرورة اقتضته فهل تغلظ أو يقال هذا نادر؟ الـوجه الثاني، وخرج بالحرم الإحرام لأن حرمته عارضة غير مستمرة، وبمكة حرم المدينة بناء على منع جزاء الصيد بقتل صيده وهو الأصح.

والثاني ـ ما ذكره بقوله: (أو قتل) خطأ (في) بعض (الأشهر) الأربعة (الحرم) وهي ذو القعدة ـ بفتح القاف وذو الحِجة ـ بكسر الحاء ـ على المشهور فيهما وسميا بذلك لقعودهم عن القتال في الأول ولوقوع الحج في الثاني، والمحرَّم ـ بتشديد الراء المفتوحة ـ سمي بذلك لتحريم القتال فيه وقيل: لتحريم الجنة فيه على إبليس حكاه صاحب المستعذب، ودخلته اللام دون غيره من الشهور لأنه أولها فعرفوه كأنه قيل: هذا الشهر الذي يكون أبداً أول السنة، ورجب ويقال له: الأصم، والأصب، وهذا الترتيب ـ الذي ذكرناه في عدد الأشهر الحرم، وجعلها من سنتين ـ هو الصواب كما قاله النووي في شرح مسلم، وعدها الكوفيون من سنة واحدة فقالوا: المحرم ورجب وذو القعدة وذو الحجة، قال ابن دحية[3]: وتظهر فائدة، الخلاف فيما إذا نذر صيامها

---

(١) تنبيه: يلتحق بما ذكره المصنف ما لو جرحه في الحرم فخرج منه ومات في غيره بخلاف عكسه شرح المنوفي وسيأتي أن القتل ليس قيداً ويفرق بين ما لو رماه قريب غروب أوّل شهر من الأشهر الحرم فوصل السهم بعد الغروب فمات،أو جرحه جرحاً يفضي إلى الموت فمات في الأشهر الحرم بأنّ داخل الحرم له نوع اختيار فنسب الفعل إليه بخلاف الأشهر الحرم لا اختيار له في دخولها وقال سم لا بد من وقوع الفعل والزهوق فيها فليحرر.

(٢) بخلاف ما لو أرسل كلباً فمرّ الكلب فيه وقطع هواءه وقتله في الحل والمرسل خارجه فلا تغليظ لأن للكلب اختيار.

(٣) صوابه كما في بعض النسخ دحية كما في شرح الدميري للمنهاج.

أَوْ قَتَلَ ذَاتَ رَحِمٍ مَحْرَمٍ.

أي مرتبة فعلى الأول يبدأ بذي القعدة وعلى الثاني بالمحرم.

والثالث ـ ما ذكره بقوله: (أو قتل) خطأ محرم (ذات رحم) أي قريب (محرم)(١) كالأم والأخت لما في ذلك من قطيعة الرحم، وخرج بمحرم ذات رحم(٤) صورتان: الأولى: ما إذا انفردت المحرمية عن الرحم كما في المصاهرة والرضاع فلا يغلظ بها القتل قطعاً، الثانية: أن تنفرد الرحمية عن المحرمية كأولاد الأعمام والأخوال. فلا تغلظ فيهم على الأصح عند الشيخين لما بينهما من التفاوت في القرابة.

تنبيه ـ يدخل التغليظ والتخفيف في دية المرأة والذمي ونحوه ممن له عصمة وفي قطع الطرف دية الجرح بالنسبة لدية النفس، ولا يدخل قيمة العبد تغليظ ولا تخفيف بل الواجب قيمته يوم التلف على قياس سائر المتقومات، ولا تغليظ في قتل الجنين بالحرم كما يقتضيه إطلاقهم وصرح به الشيخ أبو حامد وإن كان مقتضى النص خلافه ولا تغليظ في الحكومات(٣) كما نقله الزركشي عن تصريح الماوردي، وإن كان مقتضى

---

(١) صوابه أي قريباً محرماً لأن قريباً تفسير لذات المنصوب أو يقول قرابة تفسير الرحم.

(٢) هو ناظر لتعبيره والمناسب لكلام المتن أن يقول وخرج بذات رحم محرم. والحاصل أن قوله ذات رحم صفة لموصوف محذوف أي نفساً ذات رحم فيشمل الذكور والإناث وقوله بعدها محرم إن كان تفسيراً لرحم لا يصح لأن الرحم القرابة لا المحرم وإن كان تفسيراً لذات كان حقه أن يقول محرماً لأن ذات منصوبة فالمتعين أنه بالرفع فاعل قتل أو خبر لمبتدأ محذوف أي هي محرم ولكن الجاري على الألسنة أنه مجرور فحينئذ يجعل بدلاً من رحم بدل اشتمال لأن المحرم مشتمل على الرحم أي القرابة وإن كان خالياً عن الضمير فيقدّر له ضمير أي له مثلاً، وأما تقدير الشارح محرماً ففيه نظر من وجهين. الأوّل أنه يغني عن قوله محرم في المتن. والثاني يوهم اختصاص الحكم بالإناث مع أنه لا يختص وقوله أي قريب إن كان تفسير الرحم لا يصح لأن الرحم القرابة لا القريب وإن كان تفسيراً لذات فكان يقول أي قريباً فكان الأولى حذفه وإبقاء المتن من غير تقدير ثم إنه يرد على العبارة برمتها شيء وهو أنها تشمل بنت العم إذا كانت أختاً من الرضاع أو أم الزوجة مثلاً فيصدق عليها أنها قريبة ومحرم مع أنه لا تغليظ فيها فكان الأولى أن يقول ذات محرم رحم بإضافة محرم لرحم ويكون من إضافة المسبب للسبب أي نشأت محرميتها من القرابة فتخرج بنت العم المذكورة لأن محرميتها نشأت من الرضاع أو المصاهرة.

(٣) المعتمد التغليظ في الحكومات والغرة.

وَدِيَةُ الْمَرْأَةِ عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ الرَّجُلِ، وَدِيَةُ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ ثُلُثُ دِيَةِ الْمُسْلِمِ.

كلام الشيخين خلافه، وتقييد المصنف القتل بالخطأ إشارة إلى أن التغليظ إنما يظهر فيه، أما إذا كان عمداً أو شبه عمد فلا يتضاعف بالتغليظ، ولا خلاف فيه كما قاله العمراني، لأن الشيء إذا انتهى نهايته في التغليظ[1] لا يقبل التغليظ كالأيمان في القسامة ونظيره المكبر لا يكبر، كعدم التثليث في غسلات الكلب، قاله الدميري والزركشي.

[القَوْلُ فِي تَخْفِيفِ الدِّيَةِ وأَسْبَابِهِ]

ولما فرغ من مغلظات الدية شرع في منقصاتها، فمنها الأنوثة كما قال: (ودية المرأة) الحرة سواءٌ أقتلها رجل أم امرأة (على النصف من دية الرجل) الحر ممن هي على دينه نفساً أو جرحاً، لما روى البيهقي خبر «دِيَةُ الْمَرْأَةِ نِصْفُ دِيَةِ الرَّجُلِ» وألحق بنفسها جرحها والخنثى كالمرأة هنا في جميع أحكامها، لأن زيادته عليها مشكوك فيها، ففي قتل المرأة أو الخنثى خطأ عشر بنات مخاض وعشر بنات لبون وهكذا، وفي قتلها عمداً أو شبه عمد، خمس عشرة حقة وخمس عشرة جذعة وعشرون خلفة.

[القَوْلُ فِي دِيَةِ الكِتَابِيِّ وَغَيْرِهِ]

(ودية) كل من (اليهودي والنصراني) والمعاهد والمستأمن[2] إذا كان معصوماً تحل مناكحته[3] (ثلث دية) (الحر (المسلم) نفساً وغيرهما أما في النفس فروي مرفوعاً

---

(١) فيه أن شبه العمد لم ينته نهايته في التغليظ لأنه مغلظ من وجه واحد وهو التثليث فقط فهو يقبل التغليظ بالوجهين الآخرين أي كون الدية معجلة وكونها على الجاني اللهم إلا أن يراد بالتغليظ في قوله إذا انتهى نهايته في التغليظ التغليظ من حيث التثليث الذي هو المقصود في شبه العمد.

(٢) كان الأولى حذفه لأنه إن كان من اليهود أو النصارى أغنى عنه ما قبله وإن كان من غيرهما لم يجب فيه ثلث دية المسلم بل دية مجوسي أو كان يقول بدل ذلك ودية اليهودي أو النصراني الذمي أو المعاهد أو المؤمن.

(٣) قال الشهاب عميرة هذا يفيد أن غالب أهل الذمة الآن إنما يضمنون بدية المجوسي لأن شرط المناكحة في غير الإسرائيلي لا يكاد يوجد. وقول سم: لأن شرط المناكحة الخ أي وهو أن يعلم دخول أول آبائه في ذلك قبل النسخ والتحريف.

وَأَمَّا الْمَجُوسِيُّ فَفِيهِ ثُلُثَا عُشْرِ دِيَةِ الْمُسْلِمِ

قال الشافعي في الأم: قضى بذلك عمر وعثمان رضي الله تعالى عنهما، وهذا التقدير لا يفعل بلا توقيف، ففي قتله عمداً أو شبه عمد عشر حقاق وعشر جذعات وثلاث عشرة خلفة وثلث، وفي قتله خطأ لم يغلظ ستة وثلثان، من كل بنات المخاض وبنات اللبون وبني اللبون والحقاق والجذاع فمجموع ذلك ثلاث وثلاثون وثلث وقال أبو حنيفة: دية مسلم، وقال مالك: نصفها، وقال أحمد: إن قتل عمداً فدية مسلم أو خطأ، فنصفها.

أما غير المعصوم من المرتدين ومن لا أمان له فإنه مقتول بكل حال، وأما من لا تحل مناكحته فهو كالمجوسي، وأما الأطراف والجراح فبالقياس على النفس.

تنبيه ـ السامرة كاليهود والصابئة كالنصارى، إن لم يكفرهم أهل ملتهم، وإلا فكمن لا كتاب له.

[القَوْلُ في دِيَةِ الْمَجُوس]

(ودية المجوسي) الذي له أمان أخس الديات وهي: (ثلثا عشر دية المسلم) كما قال ابن عمر وعثمان وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم ففيه عند التغليظ حقتان وجذعتان وخلفتان وثلثا خلفة، وعند التخفيف بعير وثلث من كل سن فمجموع ذلك ست وثلثان، والمعنى في ذلك أن في اليهودي والنصراني خمس فضائل، وهي حصول كتاب ودين كان حقاً بالإجماع وتحل مناكحتهم وذبائحهم، ويقرون بالجزية وليس للمجوسي من هذه الخمسة إلا التقرير بالجزية فكانت ديته على الخمس من دية اليهودي والنصراني.

تنبيه ـ قوله: «ثلثا عشر» أولى منه «ثلث خمس» لأن في الثلثين تكراراً، وأيضاً فهو الموافق لتصويب أهل الحساب[1] له بكونه أخصر.

---

(١) ظاهره بل صريحه أن عبارة المصنف خطأ عند الحساب لتصويبه ثلث خمس والحق أنه ليس بخطأ بل هو حسن وإنما هو خلاف الأولى عندهم كما يعلم ذلك من كتبهم ويدل له قوله قبل ذلك أولى منه ثلث خمس فلعل المراد بالتصويب الأولوية فلا اعتراض حينئذ.

وَتَكْمُلُ دِيَةُ النَّفْسِ فِي قَطْعِ الْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ،

وكذا وثني ونحوه كعابد شمس وقمر وزنديق ـ وهو من لا ينتحل ديناً ممن له أمان ـ كدخوله لنا رسولاً أما من لا أمان له فمهدر.

[القَوْلُ فِي دِيَةِ الْمُتَوَلِّدِ بَيْنَ كِتَابِيٍّ وَوَثَنِيٍّ]

وسكت المصنف عن دية المتولد بين كتابي ووثني مثلاً وهي كدية الكتابي اعتباراً بالأشرف سواء كان أباً أم أماً لأن المتولد يتبع أشرف الأبوين ديناً، والضمان يغلب فيه جانب التغليظ، ويحرم قتل من له أمان لأمانه، ودية نساء وخناثى من ذكر على النصف من دية رجالهم، ولو أخر المصنف ذكر المرأة إلى هنا وذكر معها الخنثى لشمل الجميع، ويراعى في ذلك التغليظ والتخفيف ومن لم تبلغه دعوة الإسلام إن تمسك بدين لم يبدل فدية أهل دينه وإلا فكدية مجوسي، ولا يجوز قتل من لم تبلغه الدعوة، ويقتص لمن أسلم بدار الحرب ولم يهاجر منها بعد إسلامه وإن تمكن.

[القَوْلُ فِي دِيَةِ الأَطْرَافِ]

ولما بين المصنف ـ رحمه الله تعالى ـ دية النفس شرع في بيان ما دونها وهي ثلاثة أقسام: إبانة طرف، وإزالة منفعة، وجرح، مخلاً بترتيبها كما ستعرفه مبتدئاً بالأمر الأول بقوله (وتكمل دية النفس) أي دية نفس صاحب ذلك العضو من ذكر أو غيره تغليظاً وتخفيفاً (في) إبانة (اليدين) الأصليتين لخبر عمرو بن حزم بذلك رواه النسائي وغيره.

تنبيه ـ المراد باليد الكف مع الأصابع الخمس، هذا إن قطع اليد من مفصل كف وهو الكوع، فإن قطع من فوق الكف وجب مع دية الكف حكومة، لأن ما فوق الكف ليس بتابع بخلاف الكف مع الأصابع فإنها كالعضو الواحد بدليل قطعهما في السرقة بقوله تعالى: ﴿فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] وفي إحداهما نصفها بالإجماع المستند إلى النص الوارد في كتاب عمرو بن حزم الذي كتبه له النبيّ ﷺ.

(و) تكمل دية النفس في إبانة (الرجلين) الأصليتين إذا قطعتا من الكعبين لحديث عمرو بن حزم بذلك والكعب كالكف والساق كالساعد والفخذ كالعضد

وَالأَنْفِ، وَالأُذُنَيْنِ،

والأعرج كالسليم لأن العيب ليس بنفس العضو وإنما العرج نقص في الفخذ، وفي إحداهما نصفها لما مر، وفي كل أصبع أصلية من يد أو رجل عشر دية صاحبها ففيها لذكر حر مسلم عشرة أبعرة كما جاء في خبر عمرو بن حزم أما الأصبع الزائدة أو اليد الزائدة أو الرجل الزائدة ففيها حكومة[1]، وفي كل أنملة من أصابع اليدين والرجلين من غير إبهام ثلث العشر لأن كل أصبع له ثلاث أنامل إلا الإبهام فله أنملتان، ففي أنملته نصفها عملاً بقسط واجب الأصبع.

(و) تكمل دية النفس في إبانة مارن (الأنف)[2] وهو ما لان من الأنف وخلا من العظم لخبر عمرو بن حزم بذلك ولأن فيه جمالاً ومنفعة وهو مشتمل على الطرفين المسميين بالمنخرين وعلى الحاجز بينهما وتندرج حكومة قصبته في ديته كما رجحه في أصل الروضة، ولا فرق بين الأخشم وغيره وفي كل من طرفيه والحاجز ثلث توزيعاً للدية عليها.

(و) تكمل دية النفس في إبانة (الأذنين) من أصلهما بغير إيضاح، سواء أكان سميعاً أم أصم، لخبر عمرو بن حزم: «فِي الأُذُنِ خَمْسُونَ مِنَ الإِبِلِ» رواه الدارقطني والبيهقي[3] ولأنهما عضوان فيهما جمال ومنفعة فوجب أن تكمل فيهما الدية فإن حصل بالجناية إيضاح وجب مع الدية أرش وفي بعض الأذن بقسطه، ويقدر بالمساحة، ولو أيبسهما بالجناية عليهما بحيث، لو حركتا لم تتحركا فدية، كما لو ضرب يده فشلت ولو قطع أذنين يابستين بجناية أو غيرها فحكومة.

---

(١) أي إن قطعها وحدها فإنْ قطع اليد وفيها أصبع زائدة دخلت حكومتها في دية اليد لكون العضو واحداً بخلاف ما لو قطع يداً أصلية مع يد زائدة فيجب للزائدة حكومة زيادة على دية الأصلية.

(٢) قدّر مارن لأن القصبة داخلة في الأنف مع أنه لا يشترط قطعها في كمال الدية وعبارة المنهج وفي كل من طرفي مارن وحاجز بينهما ثلث لذلك ففي المارن الدية وتندرج فيها حكومة القصبة اهـ وقوله ففي المارن الدية أي ولو بانشلاله وفي اعوجاجه حكومة كاعوجاج الرقبة وتسويد الوجه فإن ذهب بعضه ولو بآفة ففي الباقي قسطه منها وانظر لو ذهب بعضه خلقة قال شيخنا الشبراملسي القياس أنه لا يكمل فيه الدية برماوي.

(٣) البيهقي ٨/ ٨٥.

وَالْعَيْنَيْنِ، وَالْجُفُونِ الأَرْبَعَةِ،

(و) تكمل دية النفس في إبانة (العينين) لخبر عمرو بن حزم بذلك وحكى ابن المنذر فيه الإجماع ولأنهما من أعظم الجوارح نفعاً فكانتا أولى بإيجاب الدية وفي كل عين نصفها ولو عين أحول، ومن في عينه خلل دون بصره وعين أعمش وهو يسيل دمعه غالباً مع ضعف رؤيته وعين أعور[1] وهو ذاهب حس إحدى العينين مع بقاء بصره[2] وعين أخفش وهو صغير العين المبصرة وعين أعشى وهو من لا يبصر ليلاً وعين أجهر وهو من لا يبصر في الشمس، لأن المنفعة باقية بأعين من ذكر ومقدار المنفعة لا ينظر إليه، وكذا من بعينه بياض علا بياضها[3] أو سوادها أو ناظرها وهو رقيق لا ينقص الضوء الذي فيها يجب في قلعها نصف دية لما مرّ فإن نقص الضوء وأمكن ضبط النقص[4] فقسط ما نقص يسقط من الدية فإن لم ينضبط النقص وجبت حكومة.

(و) تكمل دية النفس في إبانة (الجفون الأربعة) وفي قطع كل جفن ـ بفتح جيمه وكسرها، وهو غطاء العين ـ ربع دية سواء الأعلى أو الأسفل ولو كانت لأعمى وبلا هدب لأن فيها جمالاً ومنفعة، وقد اختصت عن غيرها من الأعضاء بكونها رباعية وتدخل حكومة الأهداب في دية الأجفان، بخلاف ما لو انفردت الأهداب فإن فيها حكومة إذا فسد منبتها كسائر الشعور، لأن الفائت بقطعها الزينة والجمال دون المقاصد الأصلية وإلا فالتعزير، وفي قطع الجفن المستحشف حكومة وفي إحشاف الجفن

---

(١) أي خلافاً للأئمة الثلاثة حيث أوجبوا في عينه كمال الدية قال في المطلب ولعله فيمن خلق لذلك وسئل العلامة الأجهوري عن ذلك فقال لا فرق.

(٢) أي الأخرى. وصورة المسألة: أن الجناية كانت على عينه السليمة.

(٣) علا فعل ماض وفاعله ضمير البياض وبياضها بالنصب مفعوله اهـ م د والظاهر أنه لا يتعين بل يجوز أن تكون على حرف جرّ والمعنى على الأوّل صعد البياض بياضها أو سوادها وعلى الثاني أن البياض مستعل على بياضها الخ وعبارة المنهج أو بها بياض لا ينقص ضوءاً.

(٤) بأن علم غاية ما يراه قبل حدوث البياض وبعد حدوث البياض ثم جنى على عينه التي عليها البياض فيجب القسط أو يقال إنه بعد حدوث البياض بعينه عرفنا مقدار النقص بأن عصبنا العليلة وعرفنا مقدار نظر الصحيحة ثم عصبنا الصحيحة وأطلقنا العليلة وعرفنا مقدار نظرها ثم جنى على العليلة فيجب القسط.

وَاللِّسَانِ، وَالشَّفَتَيْنِ

الصحيح ربع دية، وفي بعض الجفن الواحد قسطه من الربع، فإن قطع بعضه فتقلص باقيه، فقضية كلام الرافعي عدم تكميل الدية.

(و) تكمل دية النفس في إبانة (اللسان) لناطق سليم الذوق ولو كان اللسان لألكن، وهو: من في لسانه لكنة أي عجمة ولو لسان أرت بمثناة أو ألثغ بمثلثة، وسبق تفسيرهما في صلاة الجماعة ولو لسان طفل وإن لم ينطق كل ذلك لإطلاق حديث عمرو بن حزم «وَفِي اللِّسَانِ الدِّيَةُ» صححه ابن حبان والحاكم، ونقل ابن المنذر فيه الإجماع ولأن فيه جمالاً ومنفعة يتميز بها الإنسان عن البهائم في البيان والعبارة عما في الضمير وفيه ثلاث منافع: الكلام، والذوق والاعتماد في أكل الطعام وإدارته في اللهوات حتى يستكمل طحنه بالأضراس، نعم لو بلغ الطفل أوان النطق والتحريك ولم يوجدا منه ففيه حكومة لا دية، لإشعار الحال بعجزه وإن لم يبلغ أوان النطق فدية أخذاً بظاهر السلامة، كما تجب الدية في يده ورجله، وإن لم يكن في الحال بطش ولا مشي، وخرج بقيد الناطق الأخرس فالواجب فيه حكومة ولو كان خرسه عارضاً، كما في قطع اليد الشلاء. وبسليم الذوق عديمه فجزم الماوردي وصاحب المهذب بأن فيه حكومة كالأخرس قال الأذرعي: وهذا بناء على المشهور أن الذوق في اللسان وقد ينازعه قول البغوي وغيره: إذا قطع لسانه فذهب ذوقه لزمه ديتان. اهـ. وهذا هو الظاهر لقول الرافعي: إذا قطع لسان أخرس فذهب ذوقه وجبت الدية للذوق وهذا يعلم من قولهم: إن في الذوق الدية وإن لم يقطع اللسان.

(و) تكمل دية النفس في إبانة (الشفتين) لوروده في حديث عمرو بن حزم: «وَفِي الشَّفَتَيْنِ الدِّيَةُ» وفي كل شفة وهي في عرض الوجه إلى الشدقين وفي طوله ما يستر اللثة كما قاله في المحرر نصف الدية عليا أو سفلى رقت أو غلظت صغرت أو كبرت، والإشلال كالقطع وفي شفتهما بلا إبانة حكومة، ولو قطع شفة مشقوقة وجبت ديتها إلا حكومة الشق وإن قطع بعضهما فتقلص البعضان الباقيان وبقيا كمقطوع الجميع وزعت الدية على المقطوع والباقي كما اقتضاه نص الأم وهل يسقط مع قطعهما حكومة الشارب أو لا؟ وجهان أظهرهما الأول كما في الأهداب مع الأجفان ويجب في كل لحي نصف دية وهو بفتح لامه وكسرها ـ واحد اللحيين بالفتح وهما عظمان تنبت

وَذَهَابِ الْكَلَام

عليهما الأسنان السفلى وملتقاهما الذقن أما العليا فمنبتها عظم الرأس، ولا يدخل أرش الأسنان في دية فك اللحيين، لأن كلاًّ منهما مستقل برأسه وله بدل مقدر، واسم يخصه، فلا يدخل أحدهما في الآخر كالأسنان واللسان.

[القَوْلُ فِي إِزَالَةِ الْمَنَافِعِ وَدِيَتِهِ]

ثم شرع في القسم الثاني ـ وهو إزالة المنافع ـ فقال: (و) تكمل دية النفس في (ذهاب الكلام) في الجناية على اللسان، لخبر البيهقي: «فِي اللِّسَانِ الدِّيَةُ إِنْ مَنَعَ الْكَلَامَ» وقال ابن أسلم مضت السنة بذلك ولأن اللسان عضو مضمون بالدية فكذا منفعته العظمى، كاليد والرجل وإنما تؤخذ الدية إذا قال أهل الخبرة: لا يعود كلامه فإن أخذت ثم عاد استردت، ولو ادعى زوال نطقه امتحن بأن يروع في أوقات الخلوات وينظر هل يصدر منه ما يعرف به كذبه، فإن لم يظهر منه شيء حلف المجني عليه كما يحلف الأخرس هذا في إبطال نطقه بكل الحروف وأما في إبطال بعض الحروف فيعتبر قسطه من الدية، هذا إذا بقي له كلام مفهوم وإلا فعليه كمال الدية كما جزم به صاحب الأنوار اهـ. والحروف التي توزع عليها الدية ثمانية وعشرون حرفاً في لغة العرب بحذف كلمة «لا» لأنها لام وألف وهما معدودتان، ففي إبطال نصف الحروف نصف الدية وفي إبطال حرف منها ربع سبعها وخرج بلغة العرب غيرها فتوزع عليها، وإن كانت أكثر حروفاً وقد انفردت لغة العرب بحرف الضاد فلا يوجد في غيرها وفي اللغات حروف ليست في لغة العرب كالحرف المتولد بين الجيم والشين وحروف اللغات مختلفة بعضها أحد وعشرون وبعضها أحد وثلاثون، ولا فرق في توزيع الدية على الحروف بين اللسانية وغيرها كالحروف الحلقية ولو عجز المجني على لسانه عن بعض الحروف خلقة كأرت وألثغ أو بآفة سماوية فدية كاملة في إبطال كلام كل منهما لأنه ناطق وله كلام مفهوم إلا أن نطقه ضعفاً، وضعف منفعة العضو لا يقدح في كمال الدية كضعف البطش والبصر فعلى هذا لو أبطل بالجناية بعض الحروف فالتوزيع على ما يحسنه لا على جميع الحروف.

وَذَهَابِ الْبَصَرِ، وَذَهَابِ السَّمْعِ،

(و) تكمل دية النفس في (ذهاب البصر)[1] من العينين لخبر معاذ بن جبل: «فِي الْبَصَرِ الدِّيَةُ» وهو غريب ولأن منفعة النظر أقوى وفي ذهاب بصر كل عين نصفها صغيرة كانت أو كبيرة حادة أو كالة صحيحة أو عليلة عمشاء أو حولاء من شيخ أو طفل حيث البصر السليم فلو فقأها لم يزد على نصف الدية كما لو قطع يده، ولو ادعى المجني عليه زوال الضوء وأنكر الجاني سئل عدلان من أهل الخبرة أو رجل وامرأتان إن كان خطأ أو شبه عمد فإنهم إذا وافقوا الشخص في مقابلة عين الشمس ونظروا في عينه عرفوا أن الضوء ذاهب أو موجود، فإن لم يوجد ما ذكر من أهل الخبرة امتحن المجني عليه بتقريب عقرب أو حديدة محماة أو نحو ذلك من عينه بغتة ونظر هل ينزعج أو لا فإن انزعج صدق الجاني بيمينه، وإلا فالمجني عليه بيمينه، وإن نقص ضوء المجني عليه فإن عرف قدر النقص بأن كان يرى الشخص من مسافة فصار لا يراه إلا من نصفها مثلاً فقسطه من الدية، وإلا فحكومة.

(و) تكمل دية النفس في (ذهاب السمع) لخبر البيهقي: «وَفِي السَّمْعِ الدِّيَةُ» ونقل ابن المنذر فيه الإجماع، ولأنه من أشرف الحواس، فكان كالبصر، بل هو أشرف منه عند أكثر الفقهاء، لأن به يدرك الفهم[2]، ويدرك من الجهات الست وفي النور والظلمة، ولا يدرك بالبصر إلا من جهة المقابلة وبواسطة من ضياء أو شعاع، وقال أكثر المتكلمين بتفضيل البصر عليه لأن السمع لا يدرك به إلا الأصوات والبصر يدرك

---

(١) مقتضى وجوب الدية في إزالة العينين كما سبق أن تجب الدية في كل من إزالتهما وإزالة بصرهما مع أنه إذا فقأهما فزال بصرهما وجبت دية واحدة وإذا كان لا يبصر بهما وأزالهما كان فيهما حكومة فالمدار على ذهاب البصر ويدل عليه أن التعميم السابق ذكره هنا. والبصر عند الحكماء قوة أودعها الله تعالى في العصبتين المجوّفتين الخارجتين من مقدم الدماغ ثم تنعطف العصبة التي من الجهة اليمنى إلى الجهة اليسرى والتي من اليسرى إلى اليمنى حتى يتلاقيا ثم تأخذ التي من الجهة اليمنى يميناً والتي من الجهة اليسرى يساراً حتى تصل كل واحدة إلى عين تدرك بتلك القوّة الألوان وغيرها وأما عند أهل السنة فإدراك ما ذكر بمشيئة الله تعالى بمعنى أن الله يخلق إدراك ما ذكر في النفس عند استعمال تلك القوة.

(٢) أي المفهوم من الشرائع وغيره لأن به يدرك الشرع الذي به التكليف.

وَذَهَابِ الشَّمِّ وَذَهَابِ الْعَقْلِ

به الأجساد والألوان والهيئات، فلما كانت تعلقاته أكثر كان أشرف وهذا هو الظاهر.

تنبيه ـ لا بد في وجوب الدية من تحقق زواله، فلو قال أهل الخبرة «يعود» وقدروا له مدة لا يستبعد أن يعيش إليها انتظر، فإن استبعد ذلك أو لم يقدروا له مدة أخذت الدية في الحال وفي إزالته من أذن نصفها لا لتعدد السمع فإنه واحد، وإنما التعدد في منفذه بخلاف ضوء البصر إذ تلك اللطيفة متعددة، ومحلها الحدقة بل لأن ضبط نقصانه بالمنفذ أقرب منه بغيره وهذا ما نص عليه في الأم، ولو ادعى المجني عليه زواله من أذنيه وكذبه الجاني وانزعج بالصياح في نوم أو غفلة فكاذب لأن ذلك يدل على التصنع، وإن لم ينزعج بالصياح ونحوه فصادق في دعواه وحلف حينئذ، لاحتمال تجلده، وأخذ الدية، وإن نقص سمعه فقسطه من الدية إن عرف وإلا فحكومة باجتهاد قاض.

(و) تكمل دية النفس في (ذهاب الشم) من المنخرين، كما جاء في خبر عمرو بن حزم، وهو غريب، ولأنه من الحواس النافعة، فكملت فيه الدية كالسمع، وفي إزالة شم كل منخر نصف الدية ولو نقص الشم وجب بقسطه من الدية إن أمكن معرفته وإلا فحكومة.

تنبيه ـ لو أنكر الجاني زواله امتحن المجني عليه في غفلاته بالروائح الحادة فإن هش للطيب وعبس لغيره حلف الجاني لظهور كذب المجني عليه، وإلا حلف هو لظهور صدقه مع أنه لا يعرف إلا منه.

(و) تكمل دية النفس في (ذهاب العقل) إذا لم يرج عوده بقول أهل الخبرة في مدة يظن أنه يعيش إليها، كما جاء في خبر عمرو بن حزم وقال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه العلم على ذلك لأنه أشرف المعاني، وبه يتميز الإنسان عن البهيمة، قال الماوردي وغيره: والمراد العقل الغريزي الذي به التكليف، دون المكتسب الذي به حسن التصرف ففيه حكومة فإن رجا عوده في المدة المذكورة انتظر، فإن عاد فلا ضمان.

وَالذَّكَرِ،

تنبيه ـ اقتصار المصنف على الدية يقتضي عدم وجوب القصاص فيه، وهو المذهب للاختلاف في محله فقيل: القلب وقيل الدماغ، وقيل مشترك بينهما، والأكثرون على الأول وقيل مسكنه الدماغ وتدبيره في القلب وسمي عقلاً لأنه يعقل صاحبه[١] عن التورط في المهالك ولا يزاد شيء على دية العقل إن زال بما لا أرش له فإن زال بجرح له أرش مقدر كالموضحة أو حكومة وجبت الدية والأرش، أو هي والحكومة ولا يندرج ذلك في دية العقل، لأنها جناية أبطلت منفعة غير حالة في محل الجناية، فكانت كما لو انفردت الجناية عن زوال العقل، ولو ادعى ولي المجني عليه زوال العقل وأنكر الجاني فإن لم ينتظم قول المجني عليه وفعله في خلواته فله دية بلا يمين لأن يمينه تثبت جنونه والمجنون لا يخف وهذا في الجنون المطبق أما المتقطع فإنه يحلف في زمن إفاقته فإن انتظم قوله وفعله حلف الجاني لاحتمال صدور المنتظم اتفاقاً أو جرياً على العادة، وخرج بالغريزي العقل المكتسب الذي به حسن التصرف فتجب فيه الحكومة فقط كما قاله الماوردي.

(و) تكمل دية النفس في (الذكر) السليم لخبر عمرو بن حزم بذلك ولو كان لصغير وشيخ وعنين وخصي لإطلاق الخبر المذكور ولأن ذكر الخصي سليم وهو قادر على الإيلاج وإنما الفائت الإيلاد، والعنة عيب في غير الذكر لأن الشهوة في القلب والمني في الصلب، وليس الذكر بمحل لواحد منهما فكان سليماً من العيب بخلاف الأشل وحكم الحشفة حكم الذكر لأن ما عداها من الذكر كالتابع لها كالكف مع

---

(١) أي يمنعه إذ العقل المنع أي شأنه ذلك.

فائدة: العقل لغة هو المنع، وأما في الاصطلاح فيه عبارات أحسنها ما قاله الشيخ أبو إسحاق إنه صفة يميز بها بين الحسن والقبيح وقال العمراني الجنون يزيل العقل والإغماء يغمره والنوم يستره والواجب في العقل الدية إذ لا يتصوّر فيه قصاص كما لا يتصوّر القصاص بين ذكر الرجل وقبل المرأة لعدم المماثلة بل تجب الدية فيهما اهـ نسابة في شرح منظومة الأنكحة لابن العماد. وقال المناوي على الخصائص نقلاً عن السهروردي والعقل مائة جزء واختص منها المصطفى بتسعة وتسعين جزءاً وجزء في جميع المؤمنين والجزء الذي فيهم أحد وعشرون سهماً فسهم يتساوى فيه الكمل وهو كلمة التوحيد وعشرون سهماً يتفاضلون فيها على قدر حقائق إيمانهم.

وَالْأُنْثَيَيْنِ، وَفِي الْمُوضِحَةِ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ وَفِي السِّنِّ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ

الأصابع، لأن أحكام الوطء تدور عليها وبعضها بقسطه منها، لأن الدية تكمل بقطعها كما مرّ فقسطت على أبعاضها.

(و) تكمل دية النفس في (الأنثيين) لحديث عمرو بن حزم بذلك ولأنهما من تمام الخلقة ومحل التناسل وفي إحداهما نصفها سواء اليمنى واليسرى ولو من عنين ومجبوب وطفل وغيرهم.

تنبيه ـ المراد بالأنثيين البيضتان كما صرح بهما في بعض طرق حديث عمرو بن حزم وأما الخصيتان فالجلدتان اللتان فيهما البيضتان.

(و) يجب (في الموضحة) أي موضحة الرأس ولو للعظم الناتىء خلف الأذن أو الوجه وإن صغرت ولو لما تحت المقبل من الجبين نصف عشر[١] دية صاحبها، ففيها لحر مسلم غير جنين (خمس من الإبل) لما روى الترمذي وحسنه: «فِي الْمُوضِحَةِ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ»[٢] فتراعى هذه النسبة في حق غيره من المرأة والكتابي وغيرهما، وخرج بقيد الرأس والوجه ما عداهما كالساق والعضد فإن فيهما الحكومة وبقيد الحر الرقيق ففيه نصف عشر قيمته، وبقيد المسلم الكتابي ففي موضحته بعير وثلثان، والمجوسي ونحوه ففي موضحته ثلث بعير ولا يختلف أرش موضحة بكبرها ولا بصغرها لاتباع الاسم كالأطراف، ولا لكونها بارزة أو مستورة بالشعر، ويجب في هاشمة مع إيضاح عشرة أبعرة وهي عشر دية الكامل بالحرية وغيرها، لما روي عن زيد بن ثابت: أن رسول الله ﷺ «أَوْجَبَ فِي الْهَاشِمَةِ عَشْراً مِنَ الإِبِلِ» ويجب في هاشمة دون إيضاح خمسة أبعرة، ويجب في منقلة مع إيضاح وهشم خمسة عشر بعيراً كما رواه النسائي عن النبيّ ﷺ.

(و) يجب (في) قلع (السن) الأصلية التامة المثغورة غير المقلقلة صغيرة كانت أو كبيرة بيضاء أو سوداء نصف عشر دية صاحبها ففيها لذكر حر مسلم (خمس من الإبل)

---

(١) أشار بذلك إلى قصور قول المتن خمس وأنه لو قال وفي كل من الموضحة والسنّ نصف عشر دية صاحبها لكان أولى وأعم.

(٢) أخرجه الترمذي (١٣٩٠) وأبو داود (٤٥٦٦) والنسائي ٨/ ٥٧.

وَفِي كُلِّ عُضْوٍ لاَ مَنْفَعَةَ فِيهِ حُكُومَةَ

لحديث عمرو بن حزم بذلك فقوله: «خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ» راجع لكل من المسألتين كما تقرر ولا فرق بين الثنية والناب والضرس وإن انفرد كل منهـا باسم كالسبابة والوسطى والخنصر في الأصابع، وفيها لأنثى حرة مسلمة بعيران ونصف ولذمي بعير وثلثان ولمجوسي ثلث بعير، ولرقيق نصف عشر قيمته.

تنبيه ـ يستثنى من إطلاقه صورتان الأولى: لو انتهى صغر السن إلى أن لا تصلح للمضغ فليس فيها إلا الحكومة، الثانية: أن الغالب طول الثنايا على الرعيات فلو كانت مثلها أو أقصر فقضية كلام «الروضة» وأصلها أن الأصح لا يجب الخمس، بل ينقص منها بحسب نقصانها ولا فرق في وجوب دية السن بين أن يقلعها من السنخ وهو ـ بكسر المهملة وسكون النون وإعجام الخاء ـ أصلها المستتر باللحم أو بكسر الظاهر منها دونه لأن السنخ تابع، فأشبه الكف مع الأصابع، ولو أذهب منفعة السن وهي باقية على حالها وجبت ديتها، وخرج بقيد الأصلية الزائدة وهي الشاغبة الخارجة عن سمت الأسنان الأصلية لمخالفة نباتها لها ففيها حكومة كالأصبع الزائدة، وبقيد التامة ما لو كسر بعض الظاهر منها ففيه قسطه من الأرش وينسب المكسور إلى ما بقي من الظاهر دون السنخ على المذهب وبقيد المثغورة ما لو قلع سن صغير أو كبير أو لم يثغر نظر إن بان فساد البنت فكالمثغورة وإن لم يتبين الحال حتى مات ففيها الحكومة وبقيد غير المقلقلة فإن بطلت منفعتها ففيها حكومة، وحركة السن لكبر أو مرض إن قلت بحيث لا تؤدي القلقلة إلى نقص منفعتها من مضغ وغيره فكصحيحة في حكمها لبقاء الجمال والمنفعة.

(و) يجب (في كل عضو لا منفعة فيه) كاليد الشلاء والذكر الأشل ونحو ذلك كالأصبع الأشل (حكومة) وكذا في كسر العظام، لأن الشرع لم ينص عليه، ولم يبينه، فوجب فيه حكومة وكذا يجب في تعويج الرقبة والوجه وتسويده، وفي حلمتي الرجل والخنثى، وأما حلمتا المرأة ففيهما دية، لأن منفعة الإرضاع وجمال الثدي بهما كمنفعة اليدين وجمالها بالأصابع، وفي إحداهما نصفها والحلمة كما في المحرر المجتمع الناتىء على رأس الثدي.

وَدِيَةُ الْعَبْدِ قِيمَتُهُ

تنبيه ـ لو ضرب ثدي امرأة فشل ـ بفتح الشين ـ وجبت ديته، وإن استرسل فحكومة، لأن الفائت مجرد جمال وإن ضرب ثدي خنثى فاسترسل لم تجب فيه حكومة حتى يتبين كونه امرأة لاحتمال كونه رجلاً فلا يلحقه نقص بالاسترسال، ولا يفوته جمال فإن تبين أنه امرأة وجبت الحكومة، وهي جزء من الدية نسبته إلى دية النفس نسبة نقص الجناية من قيمة المجني عليه لو كان رقيقاً بصفاته التي هو عليها مثاله جرح يده فيقال كم قيمة المجني عليه بصفاته التي هو عليها بغير جناية لو كان رقيقاً فإذا قيل مائة فيقال كم قيمته بعد الجناية فإذا قيل تسعون فالتفاوت العشر، فيجب عشر دية النفس، وهي عشر من الإبل، إذا كان المجني عليه حراً ذكراً مسلماً، لأن الجملة مضمونة بالدية فيضمن الأجزاء بجزء منها كما في ـ نظيره من عيب المبيع.

تنبيه ـ تقدم أن المصنف أخل بترتيب صور الأقسام الثلاثة، فإنه قبل فراغه من الأول أعني إبانة الأطراف ذكر الثاني أعني المنافع، ثم عاد إلى الأول ثم ذكر الثالث أعني الجراحات ثم ختم بالسن الذي هو من جملة صور الأول وكان حق الترتيب الوضعي ذكر الأول على نسق إلا أن الأمر فيه سهل ثم إنه اقتصر في الأول على إيراد إحدى عشرة صورة وأهمل من صوره ستة وفي الثاني على خمسة وأهمل من صوره تسعة كما أوضحته كله في شرح «المنهاج» وغيره.

[الْقَوْلُ فِي دِيَةِ الْعَبْدِ]

(ودية العبد) أي والجناية على نفس الرقيق المعصوم ذكراً كان أو أنثى ولو مدبراً أو مكاتباً أو أم ولد (قيمته) بالغة ما بلغت سواء أكانت الجناية عمداً أم خطأ وإن زادت على دية الحر كسائر الأموال المتلفة ولو عبر بالقيمة بدل الدية لكان أولى فيقول: وفي البعد قيمته لما سبق في تعريف الدية أول الفصل ولا يدخل في قيمته التغليظ أما المرتد فلا ضمان في إتلافه.

قال في البيان: وليس لنا شيء يصح بيعه ولا يجب في إتلافه شيء سواه.

ويجب في إتلاف غير نفس الرقيق من أطرافه ولطائفه ما نقص من قيمته سليماً

وَدِيَةُ الْجَنِينِ الحُرِّ غُرَّةٌ

إن لم يتقدر ذلك الغير من الحر ولم يتبع مقدر ولا يبلغ بالحكومة[١] قيمة جملة الرقيق المجني عليه أو قيمة عضوه على ما سبق في الحر وإن قدرت في الحر كموضحة وقطع عضو فيجب مثل نسبته من الدية من قيمته لأنا نشبه الحر بالرقيق في الحكومة ليعرف قدر التفاوت ليرجع به ففي المشبه به أولى، ولأنه أشبه بالحر في أكثر الأحكام بدليل التكاليف فألحقناه به في التقدير، ففي قطع يده نصف قيمته، وفي يديه قيمته وفي أصبعه عشرها وفي موضحته نصف عشرها وعلى هذا القياس ولو قطع ذكره وأنثياه ونحوهما مما يجب للحر فيه ديتان وجب بقطعهما قيمتان كما يجب فيهما للحر ديتان، ومن نصفه حر قال الماوردي: يجب في طرفه نصف ما في طرف الحر ونصف ما في طرف العبد، ففي يده ربع الدية وربع القيمة وفي أصبعه نصف عشر الدية ونصف عشر القيمة وعلى هذا القياس فيما زاد من الجراحة أو نقص.

[القَوْلُ فِي دِيَةِ الْجَنِينِ]

(و) في (دية الجنين الحر) المسلم (غرة) لخبر الصحيحين أنه ﷺ «قَضَى فِي

---

(١) الأولى أن يقول بما نقص لأن الحكومة لا تكون إلا في الحر لأنها جزء من الدية بنسبته الخ وعلى فرض أنها تكون في الرقيق فلا يمكن أن تبلغ قيمته لأنها جزء مقدر من القيمة فكيف تبلغ القيمة ق ل فكان الصواب أن يقول ولا يبلغ واجب غير المقدر قيمته الخ. والجواب أن غرضهم من هذا الكلام الإشارة إلى أنه لا يشترط نقصها عن أرش المقدر كما في حكومة المقدر فتأمل فإنه دقيق ولم يتقدم للحكومة ذكر إلا أن يقال تقدمت ضمناً في قوله ما نقص من قيمته وبعد ذلك فيه مسامحة إلا أن يقال سمي ذلك حكومة لمجاز المشابهة أي مشابهة نقص القيمة لنقص الدية. وقوله على ما سبق لم يتقدم ذلك حتى يحيل عليه إلا أن يقال توهم أنه سبق ذكر ذلك في الحر وهذه العبارة ذكرها في المنهج في الحر وأحال عليها الرقيق والشارح ذكرها في الرقيق في غير محلها. ثم إن قوله ولا يبلغ بالحكومة قيمة جملة الرقيق محال لا يتصوّر فلا يصح نفيه لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوّره فهو فرض محال وقوله أو قيمة عضوه هذا ممكن فنفيه صحيح إلا أنه طريقة ضعيفة بالنسبة للعبد لأن المعتمد أن الجناية في العبد إذا كانت لا أرش لها مقدر وكانت على عضو له أرش مقدر يجب فيها ما نقص من قيمته سواء كان قدر قيمة العضو الذي وقعت الجناية عليه أو أقلّ أو أكثر بخلاف نظير ذلك في الحر فيشترط في أرش الجناية المذكورة أن لا تبلغ دية ذلك العضو فإن بلغتها نقص منها شيء.

عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ

الْجَنِينِ بِغُرَّةٍ»[١] (عبد أو أمة) بترك تنوين غرة على الإضافة البيانية، وتنوينها على أن ما بعدها بدل منها وأصل الغرة البياض في وجه الفرس، ولهذا شرط عمرو بن العلاء أن يكون العبد أبيض والأمة بيضاء وحكاه الفاكهاني في شرح الرسالة عن ابن عبدالبر أيضاً، ولم يشترط الأكثرون ذلك وقالوا النسمة من الرقيق غرة لأنها غرة ما يملك أي أفضله، وغرة كل شيء خياره وإنما تجب الغرة في الجنين إذا انفصل ميتاً بجناية على أمه الحية مؤثرة فيه، سواء أكانت الجناية بالقول كالتهديد والتخويف المفضي إلى سقوط الجنين أم بالفعل ـ كأن يضربها أو يؤجرها دواء أو غيره فتلقي جنيناً أو بالترك كأن يمنعها الطعام أو الشراب حتى تلقي الجنين وكانت الأجنة تسقط بذلك، ولو دعتها ضرورة إلى شرب دواء فينبغي كما قال الزركشي أنها لا تضمن بسببه وليس من الضرورة الصوم ولو في رمضان إذا خشيت منه الإجهاض، فإذا فعلته وأجهضت ضمنته كما قاله الماوردي، ولا ترث منه لأنها قاتلة، وسواء أكان الجنين ذكراً أم غيره لإطلاق الخبر ولأن ديتهما لو اختلفت لكثر الاختلاف في كونه ذكراً أو غيره فسوى الشارع بينهما وسواء أكان الجنين تام الأعضاء أم ناقصها ثابت النسب أم لا لكن لا بد أن يكون معصوماً مضموناً على الجاني بالغرة عند الجناية وإن لم تكن معصومة أو مضمونة عندها، ولا أثر لنحو لطمة خفيفة كما لا تؤثر في الدية ولا لضربة قوية أقامت بعدها بلا ألم ثم ألقت جنيناً نقله في «البحر» عن النص، وسواء انفصل في حياتها بجناية أو انفصل بعد موتها بجناية في حياتها ولو ظهر بعض الجنين بلا انفصال من أمه كخروج رأسه ميتاً وجبت فيه الغرة لتحقق وجوده فإن لم يكن معصوماً عند الجناية كجنين حربية من حربي إن أسلم أحدهما بعد الجناية أو لم يكن مضموناً كأن يكون الجاني مالكاً للجنين ولأمه بأن جنى السيد على أمته الحامل وجنينها من غيره وهو ملك له فعتقت ثم ألقت الجنين أو كانت أمه ميتة أو لم ينفصل ولا ظهر بالجناية على أمه شين[٢] فلا شيء فيه، لعدم احترامه في الصورة الأولى وعدم ضمان الجاني في الثانية

---

(١) أخرجه البخاري ١٢/ ٢٥٢ (٦٩٠٩) ومسلم ٣/ ١٣٠٩ (٣٥/ ١٦٨١).

(٢) ظاهره أنه شرط فيما قبله ومفهومه أنه إذا ظهر على أمه شين تجب الغرة مع أن الموضوع أنه لم =

. . . .

وظهور موته بموتها في الثالثة، ولعدم تحقق وجوده في الأخيرتين، ولو انفصل حياً وبقي بعد انفصاله زمناً بلا ألم فيه ثم مات فلا ضمان على الجاني وإن مات حين خرج بعد انفصاله أو دام ألمه ومات منه فدية نفس كاملة على الجاني.

تنبيه ـ لو ألقت امرأة بجناية عليها جنينين ميتين وجبت غرتان، أو ثلاثاً فثلاث وهكذا ولو ألقت يداً أو رجلاً وماتت وجبت غرة، لأن العلم قد حصل بوجود الجنين أما لو عاشت الأم ولم تلق جنيناً فلا يجب إلا نصف غرة كما أن يد الحي لا يجب فيها إلا نصف دية ولا يضمن باقيه، لأننا لم نتحقق تلفه، ولو ألقت لحماً قال أهل الخبرة: «فيه صورة آدمي خفية» وجبت فيه الغرة بخلاف ما لو قالوا: «لو بقي لتصور» أي تخلق فلا شيء فيه؛ وإن انقضت به العدة كما مر في العدد.

والخبرة في الغرة إلى الغارم ويجبر المستحق على قبولها من أي نوع كانت بشرط أن يكون العبد والأمة مميزاً فلا يلزمه قبول غيره، سليماً من عيب مبيع، لأن المعيب ليس من الخيار والأصح قبول رقيق كبير لم يعجز بهرم من الخيار ما لم تنقص منافعه.

ويشترط بلوغها في القيمة نصف عشر الدية من الأب المسلم وهو عشر دية الأم المسلمة، ففي الحر رقيق قيمته خمسة أبعرة كما روى عمر وعلي وزيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهم فإن فقدت الغرة حساً بأن لم توجد أو شرعاً بأن وجدت بأكثر من ثمن مثلها فخمسة أبعرة بدلها لأنها مقدرة بها وهي لورثة الجنين على فرائض الله تعالى وهي واجبة على عاقلة الجاني والجنين اليهودي أو النصراني بالتبع لأبويه تجب غرة فيه كثلث غرة مسلم كما في ديته وهي بعير وثلثا بعير وفي الجنين المجوسي ثلث خمس

= ينفصل فلا غرّة حينئذ فكان الأولى حذف قوله ولا ظهر ويقول في الأخيرة بدل الأخيرتين أو كان يقول أو لم يظهر الخ والمعنى أو انفصل لكن لم يظهر على أمه شين بالجناية فلا تجب الغرة وهذا صحيح ويظهر قوله في الأخيرتين لأنهما حينئذ مسألتان ولكن تكون الثانية مكررة مع قوله فيما تقدم ولا أثر لضربة خفيفة فرجعنا إلى أن الأولى حذف قوله ولا ظهر وكذا قوله أو لم يظهر لو أتى بها وقال بعضهم قوله شين صوابه شيء كما في بعض النسخ أي ولا ظهر بسبب الجناية على أمه شيء من أجزائه.

وَدِيَةُ الْجَنِينِ الرَّقِيقِ عُشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ.

غرة مسلم كما في ديته وهي ثلث بعير، وأما الجنين الحربي والجنين المرتد تبعاً لأبويهما فمهدران.

ثم شرع في بيان حكم الجنين الرقيق فقال: (ودية الجنين الرقيق) ذكراً كان أو غيره فيه (عشر قيمة أمه) قنة كانت أو مدبرة أو مكاتبة أو مستولدة قياساً على الجنين الحر فإن الغرة في الجنين معتبرة بعشر ما تضمن به الأم وإنما لم يعتبروا قيمته في نفسه لعدم ثبوت استقلاله بانفصاله ميتاً.

تنبيه ـ يستثنى من ذلك ما لو كانت الأمة هي الجانية على نفسها فإنه لا يجب في جنينها المملوك للسيد شيء إذ لا يجب للسيد على رقيقه شيء.

وخرج بالرقيق المبعض، فالذي ينبغي أن توزع الغرة فيه على الرق والحرية خلافاً للمحاملي في قوله إنه كالحر، وتعتبر قيمة الأم كما في أصل «الروضة» بأكبر ما كانت من حين الجناية إلى الإجهاض خلافاً لما جرى عليه في «المنهاج» من أنها يوم الجناية هذا إذا انفصل ميتاً كما علم من التعليل السابق فإن انفصل حياً ومات من أثر الجناية فإن فيه قيمته يوم الانفصال وإن نقصت عن عشر قيمة أمه كما نقله في «البحر» عن النص وسكت المصنف عن المستحق لذلك، والذي في الروضة أن بدل الجنين المملوك لسيده هو أحسن من قول «المنهاج» (لسيدها) أي أم الجنين لأن الجنين قد يكون لشخص وصى له به وتكون الأم الآخر فالبدل لسيده لا لسيدها وقد يعتذر عن المنهاج بأن المنهاج جرى على الغالب من أن الحمل المملوك لسيد الأمة.

تتمة ـ لو كانت الأمة مقطوعة الأطراف والجنين سليمها قومت بتقديرها سليمة في الأصح لسلامته كما لو كانت كافرة والجنين مسلم فإنه يقدر فيها الإسلام وتقوم مسلمة وكذا لو كانت حرة والجنين رقيق فإنها تقدر رقيقة وصورته أن تكون الأم لشخص والجنين لآخر بوصية فيعتقها مالكها ويحمل العشر المذكور عاقلة الجاني على الأظهر.

فَصْــلٌ

وَإِذَا اقْتَرَنَ بِدَعْوَى الدَّمِ لَوْثٌ يَقَعُ بِهِ فِي النَّفْسِ صِدْقُ المُدَّعِي حَلَفَ المُدَّعِي خَمْسِينَ يَمِيناً

فَصْـلٌ فِي الـقَسَامَةِ(١)

وهي، ـ بفتح القاف ـ اسم للأيمان التي تقسم على أولياء الدم، مأخوذة من القسم وهي اليمين، وقيل اسم للأولياء وترجم للشافعي رضي الله تعالى عنه والأكثرون «بباب دعوى الدم، والقسامة والشهادة على الدم».

واقتصر المصنف رضي الله عنه على إيراد واحد منها ـ وهو القسامة ـ طلباً للاختصار وأدرج فيه الكلام على الكفارة فقال (وإذا اقترن بدعوى القتل) عند الحاكم (لوث)(٢) وهو ـ بإسكان الواو وبالمثلثة ـ مشتق من التلويث وهو التلطيخ (يقع به) أي اللوث (في النفس صدق المدعي) بأن يغلب على الظن صدقه بقرينة كأن وجد قتيل أو بعضه كرأسه إذا تحقق موته، وفي محلة منفصلة عن بلد كبير ولا يعرف قاتله ولا بينة بقتله، أو في قرية صغيرة لأعدائه، سواء في ذلك العداوة الدينية أو الدنيوية إذا كانت تبعث على الانتقام بالقتل أو وجد قتيل وتفرق عنه جمع كأن ازدحموا على بئر أو باب الكعبة ثم تفرقوا عن قتيل (حلف المدعي) بكسر العين على قتل ادعاه لنفس ولو ناقصة كامرأة أو ذمي (خمسين يميناً) لثبوت ذلك في الصحيحين، ولا يشترط موالاتها فلو حلفه القاضي خمسين يميناً في خمسين يوماً صح، لأن الأيمان من جنس الحجج، والحجج يجوز تفريقها، كما إذا شهد الشهود متفرقين ولو تخلل الأيمان جنون أو إغماء بنى إذا أفاق على ما مضى، ولو مات الولي المقسم في أثناء اليمين لم يبن وارثه بل يستأنف، لأن الأيمان كالحجة الواحدة ولا يجوز أن يستحق أحد شيئاً

---

(١) ذكرها عقب القتل لتعلقها به أي فلما كان الغالب من أحوال القاتل إنكار القتل استدعى ذلك بعد بيان موجباته بيان الحجة فيه وهي بعد الدعوى إما يمين وإما شهادة. وأوّل من قضى بها أي باليمين الوليد بن المغيرة في الجاهلية وأقرها الشارع في الإسلام..

(٢) أي قرينة توقع في القلب صدق المدعى، واللوث لغة بمعنى القوة ولقوّته بتحويله اليمين لجانب المدعي أو الضعف لأن الأيمان حجة ضعيفة.

. . . .

بيمين غيره، وليس كما لو أقام شطر البينة ثم مات حيث يضم وارثه إليه الشطر الثاني ولا يستأنف، لأن شهادة كل شاهد مستقلة أمَّا إذا تمت أيمانه قبل موته فلا يستأنف وارثه بل يحكم له كما لو أقام بينة ثم مات، وأما وارث المدعى عليه فيبني على أيمانه إذا تخلل موته الأيمان، وكذا يبني عليه المدعى عليه لو عزل القاضي أو مات في خلالها وولي غيره، والفرق بين المدعي والمدعى عليه أن يمين المدعى عليه للنفي، فتنفذ بنفسها، ويمين المدعي للإثبات فتتوقف على حكم القاضي والقاضي الثاني لا يحكم بحجة أقيمت عند الأول ولو كان للقتيل ورثة خاصة اثنان فأكثر وزعت الأيمان الخمسون عليهم بحسب الإرث لأن ما ثَبَتَ بأيمانهم يقسم بينهم على فرائض الله تعالى فوجب أن تكون الأيمان كذلك، وخرج بقولنا خاصة ما لو كان هناك وارث غير حائز وشريكه بيت المال فإن الأيمان لا توزع بل يحلف الخاص خمسين يميناً، كما لو نكل بعض الورثة أو غاب يحلف الحاضر خمسين يميناً، وهل تقسم الأيمان بينهم على أصل الفريضة أو على الفريضة وعولها؟ وجهان[1] أصحهما كما في الحاوي الثاني: أنها تقسم على الفريضة بعولها ففي زوج أم وأختين لأب وأختين لأم أصلها ستة وتعول إلى عشرة فيحلف الزوج خمسة عشر وكل أخت لأب عشرة وكل أخت لأم خمسة والأم خمسة، ويجبر المنكسر إن لم تنقسم صحيحة لأن اليمين لا تتبعض، ولا يجوز إسقاطه لئلا ينقص نصاب القسامة فلو كان ثلاثة بنين حلف كل منهم سبعة عشر، أو تسعة وأربعين حلف كل يمينين ولو نكل أحد الوارثين حلف الآخر وأخذ حصته لما مرّ.

---

(١) انظر ما تفصيل الوجه المرجوح هل يحلف بنسبة نصيبه من الستة فتزيد بإيمان على الخمسين وهو كذلك كما فهم من قول الشارح على أصل قدر الفريضة الذي هو الأوّل من شقي الترديد وحينئذ فتبلغ الأيمان خمساً وثمانين في الصورة المذكورة هذا ما ظهر فليراجع شيخنا فيحلف الزوج نصف الأيمان بقدر نصيبه الأصلي وتحلف الأختان للأب ثلثيها وهي أربعة وثلاثون بجبر المنكسر وتحلف الأختان للأم ثلثها وهي سبعة عشر بجبر المنكسر وتحلف الأم سدسها وهي تسعة بجبر المنكسر.

وَاسْتَحَقَّ الدِّيَةَ وَإِنْ لَّمْ يَكُنْ هُنَاكَ لَوْثٌ

تنبيه ـ يمين المدعي عليه قتل بلا لوث، واليمين المردودة[١] من المدعى عليه على المدعي إن لم يكن لوث، أو كان ونكل المدعي عن القسامة فردت على المدعى عليه فنكل فردت على المدعي مرة ثانية، واليمين المردودة على المدعى عليه بسبب نكول المدعي مع لوث واليمين أيضاً مع شاهد ـ خمسون في جميع هذه الصور، لأنها فيها ذكر يمين دم، حتى ولو تعدد المدعى عليه حلف كل خمسين يميناً، ولا توزع عليهم على الأظهر بخلاف تعدد المدعي، والفرق أن كل واحد من المدعى عليهم ينفي عن نفسه القتل، كما ينفيه من انفرد، وكل من المدعين لا يثبت لنفسه ما يثبته الواحد لو انفرد، بل يثبت بعض الإرث، فيحلف بقدر الحصة.

(واستحق) الوارث بالقسامة في قتل الخطأ أو شبه العمد (الدية) على العاقلة مخففة في الأول مغلظة في الثاني، لقيام الحجة بذلك كما لو قامت به بينة، وفي قتل العمد دية حالة على المقسم عليه، ولا قصاص في الجديد لخبر البخاري: «الْحُكْمُ بِالدِّيَةِ» ولم يفصل ﷺ ولو صلحت الأيمان للقصاص لذكره، ولأن القسامة حجة ضعيفة فلا توجب القصاص احتياطاً لأمر الدماء كالشاهد واليمين.

تنبيه ـ كل من استحق بدل الدم من سيد أو وارث سواء أكان مسلماً أم كافراً عدلاً أم فاسقاً محجوراً عليه بسفه أم غيره ولو كان مكاتباً لقتل عبده أقسم لأنه المستحق لبدله ولا يقسم سيده بخلاف العبد المأذون له في التجارة إذا قتل العبد تحت يده فإن أخذ السيد القيمة كما لو مات الولي بعدما أقسم أو قبله وقبل نكوله حلف السيد أو بعد نكوله لبطلان الحق بالنكول كما حكاه الإمام عن الأصحاب، إذا لم يوجد لوث.

(وإن لم يكن هناك) أي عند القتل (لوث) بأن تعذر إثباته أو ظهر في أصل القتل بدون كونه عمداً أو خطأ أو أنكر المدعى عليه اللوث في حقه أو شهد عدل أو عدلان أن زيداً قتل أحد هذين القتيلين أو كذب بعض الورثة فهذه خمس صور يسقط فيها

---

(١) في هذه الصورة يجب القصاص إن كانت الدعوى بقتل عمد لأن اليمين المردودة كالإقرار أو كالبينة والقصاص يجب بكل منهما وكذا يقال في كل يمين مردودة وكان ينبغي للشارح أن ينبه على ذلك.

فَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَعَلَى قَاتِلِ النَّفْسِ الْمُحَرَّمَةِ كَفَّارَةٌ

اللوث كما قاله في «الروضة» (فاليمين على المدعى عليه) لسقوط اللوث في حقه والأصل براءة ذمته.

تنبيه - قضية تعبيره باليمين أنه لا يغلظ في حقه بالعدد المذكور وهو أحد القولين، وأظهرهما كما في «الروضة» أنه يغلظ عليه بالعدد المذكور كما مرت الإشارة إليه لأنها يمين دم فكان الأولى أن يقول: «فالأيمان إلى آخره».

تتمة - من ارتد بعد استحقاقه بدل الدم بأن يموت المجروح ثم يرتد وليه قبل أن يقسم فالأولى تأخير إقسامه ليسلم، لأنه لا يتورع في حال ردته عن الأيمان الكاذبة فإذا عاد إلى الإسلام أقسم أما إذا ارتد قبل موته ثم مات المجروح وهو مرتد فلا يقسم، لأنه لا يرث بخلاف ما إذا قتل العبد وارتد سيده فإنه لا فرق بين أن يرتد قبل موت العبد أو بعده لأن استحقاقه بالملك لا بالإرث فإن أقسم الوارث في الردة صح إقسامه واستحق الدية لأنه عليه الصلاة والسلام «ٱعْتَدَّ بِأَيْمَانِ الْيَهُودِ» فدلّ على أن يمين الكافر صحيحة والقسامة نوع اكتساب للمال فلا تمنع منه الردة كالاحتطاب ومن لا وارث له خاص لا قسامة فيه وإن كان هناك لوث لعدم المستحق المعين لأن ديته لعامة المسلمين وتحليفهم غير ممكن لكن ينصب القاضي من يدعي على من نسب القتل إليه ويحلفه فإن نكل فهل يقضي عليه بالنكول أو لا؟ وجهان جزم في «الأنوار» بالأول ومقتضى ما رجّحَهُ الشيخان فيمن مات بلا وارث فادعى القاضي أو منصوبه ديناً له على آخر فأنكر ونكل أنه لا يقضي له بالنكول، بل يُحْبَس ليحلف أو يقر ترجيح الثاني وهو أوجه.

[الْقَوْلُ فِي كَفَّارَةِ الْقَتْلِ]

ثم شرع في كفارة القتل التي هي من موجباته فقال: (وعلى قاتل النفس المحرمة)[1] سواء كان القتل عمداً أو شبه عمد أم خطأ (كفارة) لقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] وقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ﴾

---

(١) أي المحرم قتلها أو المراد المحترمة المعصومة التي يحرم قتلها وهي المعصومة بإيمان أو أمان أو غير ذلك ويدخل في ذلك الجنين المضمون بالغرة.

. . . .

أي في قوم ﴿عَدُوٍّ لَكُمْ[(١)] وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ، وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] وخبر واثلة بن الأسقع قال: «أَتَيْنَا النَّبِيَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي صَاحِبٍ لَنَا قَدِ اسْتَوْجَبَ النَّارَ بِالْقَتْلِ» فَقَالَ: «أَعْتِقُوا عَنْهُ رَقَبَةً يَعْتِقِ اللَّهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهَا عُضْواً مِنْهُ مِنَ النَّارِ» رواه وصححه الحاكم وغيره، وخرج بالقتل الأطراف والجروح فلا كفارة فيهما لعدم وروده، ولا يشترط في وجوب الكفارة تكليف[(٢)]، بل تجب وإن كان القاتل صبياً أو مجنوناً لأن الكفارة من باب الضمان فتجب في مالهما، فيعتق الولي عنهما من مالهما ولا يصوم

---

(١) يحتمل أن تكون من بمعنى في أي أن المقتول مؤمن واقف في صف الكفار أو دارهم وظنه القاتل حربياً فإنه مهدر لا ضمان فيه لكن فيه الكفارة ولذلك لم يقل ودية مسلمة إلى أهله ويحتمل أن تكون من على بابها وهو أن المقتول من العدوّين الحربيين لكن أسلم وقتله شخص يعلم أنه مسلم فإنه مضمون وتجب فيه الكفارة ولم يقل ودية مسلمة إلى أهله لأنهم لا يرثونه. وحكم الدية أنه إن كان له ورثة مسلمون أخذوها وإلا كانت لبيت المال وعبارة الجلال قوله عدوّ أي أهل حرب وقوله «فتحرير رقبة مؤمنة» على قاتله كفارة ولا دية تسلم إلى أهله لحرابتهم وفي تفسير البيضاوي «فإن كان من قوم عدوّ لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة» أي فإن كان المقتول من قوم كفار محاربين أي في تضاعيفهم ولم يعلم إيمانه فعلى قاتله الكفارة دون الدية لأهله إذ لا وراثة بينه وبينهم لأنهم محاربون «وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة» أي وإن كان من قوم كفرة معاهدين أو أهل ذمة فحكمه حكم المسلمين في وجوب الكفارة والدية. وقدم هنا الدية على الكفارة عكس ما قبله لاعتنائهم هنا بالدية بكفرهم وفي تفسير الشارح وإن كان المقتول أي وهو كافر من قوم أي كفار عدوّ لكم أيضاً والفرق بين هذا وما قبله أن القوم في الذي قبله كفار حربيون وفي هذا كفار أهل ذمة والمقتول في هذا كافر وفي الذي قبله مؤمن.

(٢) والضابط أن يقال تجب على غير حربي بقتل معصوم عليه اهـ م د (قوله لكن يكفر بصوم) أي بإذن السيد أو بعد العتق أما قبله فإن أذن له في القتل صام بلا إذن وإلا توقف عليه (قوله كالمكره) بكسر الراء.

فرع: من قتل رجلاً بأمر الإمام فظنه بحق فبان ظلماً فلا شيء عليه بل يسن له أن يكفر وعلى الآمر القود أو الدية والكفارة وإن علم ظلمه ولم يخف سطوته فذلك على المأمور فقط ويأثم الآمر وإن خافها فعليهما كالإكراه اهـ عب ثم قال وهل كتبه إلى من يقتله كأمره لفظاً؟ فيه تردد اهـ والراجح أنه مثله نظراً للعرف.

عِتْقُ رَقَبَةٍ سَلِيمَةٍ مِنَ الْعُيُوبِ الْمُضِرَّةِ بِالْعَمَلِ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ.

عنهما بحال فإن صام الصبي المميز أجزأه، ولا يشترط في وجوبها أيضاً الحرية بل تجب وإن كان القاتل عبداً كما يتعلق بقتله القصاص والضمان لكن يكفر بالصوم لعدم ملكه، ولا يشترط في وجوبها المباشرة ـ بل تجب وإن كان القاتل كالمكره متسبباً ـ بكسر الراء وشاهد الزور وحافر بئر عدواناً.

تنبيه ـ دخل في قول المصنف: «النفس المحرمة» المسلم ولو كان بدار الحرب والذمي والمستأمن، والجنين المضمون بالغرة، وعبد الشخص نفسه ونفسه، لأنه قتل نفس معصومة، وخرج بذلك قتل المرأة والصبي الحربيين فلا كفارة في قتلهما وإن كان حراماً لأن المنع من قتلهما ليس لحرمتهما بل لمصلحة المسلمين، لئلا يفوتهم الارتفاق بهما، وقتل مباح الدم كقتل باغ وصائل لأنهما لا يضمنان فأشبها الحربي، ومرتد وزان محصن بالنسبة لغير المساوي والحربي ولو قتله مثله، ومقتص منه بقتل المستحق له لأنه مباح الدم بالنسبة إليه، وعلى كل من الشركاء في القتل كفارة في الأصح المنصوص، لأنه حق يتعلق بالقتل فلا يتبعض كالقصاص.

والكفارة (عتق رقبة) مؤمنة بالإجماع المستند إلى قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] (سليمة من العيوب المضرة بالعمل) إضراراً بيناً، كاملة الرق خالية عن عوض كما تقدم بيان ذلك مبسوطاً في الظهار، فهي ككفارة الظهار في الترتيب فيعتق أولاً (فإن لم يجد) رقبة بشروطها أو وجدها وعجز عن ثمنها أو وجدها وهي تباع بأكثر من ثمن مثلها: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ على ما تقدم بيانه في الظهار.

تنبيه ـ قضية اقتصاره على ما ذكره أنه لا إطعام هنا عند العجز عن الصوم وهو كذلك على الأظهر اقتصاراً على الوارد فيها، إذ المتبع في الكفارات النص لا القياس ولم يذكر الله تعالى في كفارة القتل غير العتق والصيام.

. . . .

فإن قيل: لِمَ لا يحمل المطلق على المقيد في الظهار كما فعلوا في قيد الأيمان حيث اعتبروه ثم حملاً على المقيد هنا؟.

أجيب بأن ذاك إلحاق في وصف وهذا إلحاق في أصل، وأحد الأصلين لا يلحق بالآخر، بدليل أن اليد المطلقة في التيمم حملت على المقيدة بالمرافق في الوضوء ولم يحمل إهمال الرأس والرجلين في التيمم على ذكرهما في الوضوء، وعلى هذا لو مات قبل الصوم أطعم من تركته كفائت صوم رمضان.

خاتمة ـ لا كفارة على من أصاب غيره بالعين واعترف أنه قتله بها وإن كانت العين حقاً[1] لأن ذلك لا يفضي إلى القتل غالباً، ولا يعد مهلكاً ويندب للعائن أن يدعو بالبركة فيقول: اللهمَّ بارك فيه ولا تضره، وأن يقول: ما شاء الله لا قوة إلا بالله، قيل: وينبغي للسلطان أن يمنع من عرف بذلك مخالطة الناس، ويأمره بلزوم بيته، ويرزقه ما يكفيه إن كان فقيراً فإن ضرره أشد من ضرر المجذوم الذي منعه عمر رضي الله عنه من مخالطة الناس، وَذَكَرَ القَاضِي حُسَيْنٌ أَنَّ نَبِيًّا مِنَ الأَنْبِيَاءِ عَلَيْهِمُ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ اسْتَكْثَرَ قَوْمَهُ ذَاتَ يَوْمٍ فَأَمَاتَ اللَّهُ مِنْهُمْ مِائَةَ أَلْفٍ فِي لَيْلَةٍ وَاحِدَةٍ، فَلَمَّا أَصْبَحَ اشْتَكَى ذَلِكِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى فَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى: «إِنَّكَ اسْتَكْثَرْتَهُمْ فَعِنْتَهُمْ، فَهَلاَّ حَصَّنْتَهُمْ حِينَ اسْتَكْثَرْتَهُمْ» فَقَالَ: يَا رَبِّ كَيْفَ أُحَصِّنُهُمْ؟ فَقَالَ تَعَالَى: «تَقُولُ: حَصَّنْتُكُمْ بِالْحَيِّ الْقَيُّوم الَّذِي لاَ يَمُوتُ أَبَداً، وَدَفَعْتُ عَنْكُمُ السُّوءَ بِأَلْفِ لاَ حَوْلَ وَلاَ قُوَّةَ إِلاَّ بِاللَّهِ العَلِيِّ العَظِيَم» قَالَ القاضي: وهكذا السنة في الرجل إذا رأى نفسه سليمة وأحواله معتدلة يقول في نفسه ذلك وكان القاضي يحصن تلامذته بذلك إذا استكثرهم.

---

(١) لأنها لا تعدّ مهلكاً عادة على أن التأثير يقع عندها لا بها ومن ثم قيل إنها تنبثّ منها جواهر لطيفة غير مرئية فتتخلل المسامّ فيخلق الله تعالى الهلاك عندها. ومن أدويتها المجربة التي أمر بها ﷺ أن يتوضأ العائن أي يغسل وجهه ويديه ومرفقيه وركبتيه وأطراف رجليه وداخل إزاره أي ما يلي جسده من الإزار وقوله وركبتيه وقيل مذاكيره ويصبه على رأس المعيون اهـ وأوجب ذلك بعض العلماء ورجحه الماوردي. وفي شرح مسلم عن العلماء وإذا طلب من العائن فعل ذلك لزمه لخبر «وإذا استغسلتم فاغسلوا».

. . . .

وسكتوا عن القتل بالحال وأفتى بعض المتأخرين بأنه يقتل إذا قتل به، لأن له فيه اختياراً كالساحر والصواب أنه لا يقتل به ولا بالدعاء عليه، كما نقل ذلك عن جماعة من السلف قال مهران بن ميمون: حدثنا غيلان بن جرير أن مطرف بن عبدالله بن الشخير كان بينه وبين رجل كلام فكذب عليه، فقال مطرف: اللهم إن كان كاذباً فأمته فخرّ ميتاً فرفع ذلك إلى زياد فقال: قتلت الرجل قال: لا، لكنها دعوة وافقت أجلاً.

كِتَـــابُ الـحُدُودِ

كِتَـــابُ الـحُدُودِ[1]

جمع حد وهو لغة: المنع، وشرعاً: عقوبة مقدرة وجبت زجراً عن ارتكاب ما يوجبه وعبر عنها جمعاً لتنوعها، ولو عبر بالباب لكان أولى لما تقدم أن الترجمة بالجنايات شاملة للحدود، وبدأ منها بالزنا. وهو بالقصر لغة حجازية وبالمد لغة تميمية، واتفق أهل الملل على تحريمه، وهو من أفحش الكبائر[2]، ولم يحل في ملة قط ولهذا كان حده أشد الحدود، لأنه جناية على الأعراض والأنساب.

---

(١) سميت بذلك لأن لها نهايات مضبوطة وكانت الحدود في صدر الإسلام بالغرامات ثم نسخت بهذه العقوبات قال بعضهم وشرعت زجراً لأرباب المعاصي عنها فإذا علم الزاني مثلاً أنه إذا زنى حدّ امتنع منه وهكذا. أقول وهذا بناء على أن الحدود زواجر، والصحيح أنها في المسلم لسقوط عقوبتها في الآخرة إذا استوفيت في الدنيا وفي الكافر زواجر.

(٢) أي بعد القتل على الأصح ومن السبع الموبقات ومن الكليات الخمس وإنما جعلت عقوبة الزنا بما ذكر ولم تجعل بقطع آلة الزنا كالسارق تقطع يده لأنه يؤدي إلى قطع النسل ولأن قطع آلة السرقة تعم الذكر والأنثى وقطع الذكر يخص الرجل ولأن الذكر لا ثاني له بخلاف اليد. واعلم أن ارتكاب الكبائر لا يسلب الإيمان ولا يحبط الطاعات إذ لو كانت محبطة لذلك للزم أن لا يبقى لبعض العصاة طاعة والقائل بالإحباط يحيل دخوله الجنة قال السبكي والأحاديث الدالة على دخول من مات غير مشرك الجنة بلغت مبلغ التواتر وهي قاصمة لظهور المعتزلة القائلين بخلود أهل الكبائر في النار ذكره المناوي.

فـرع: سئل الشمس الرملي فيمن زنى مائة مرة مثلاً فهل يلزمه في كل مرة حدّ وإذا تاب عند الموت هل يسقط عنه الحد وهل للزوج على من زنى بزوجته بغير علمه حق وإذا تاب الزاني هل يسقط حق زوجها عنه. فأجاب يكتفى بحد واحد عند اتحاد الجنس ولا حد في الآخرة ولا يسقط بالتوبة وللزوج حق على الزاني بزوجته ويسقط حقه بالتوبة التي توفرت شروطها.

وَالزَّانِي

تَعْرِيفُ الزَّانِي الَّذِي يَجِبُ حَدُّهُ

فقال: (والزَّاني) أي الذي[1] يجب حده وهو مكلف واضح الذكورة أولج حشفة ذكره الأصلي المتصل أو قدرها منه عند فقدها، في قبل واضح الأنوثة، ولو غوراء كما بحثه الزركشي فارقاً بين ما هنا وما في باب التحليل من عدم الاكتفاء بالإيلاج فيها بناء على تكميل اللذة، محرم في نفس الأمر لعين الإيلاج، خال عن الشبهة المسقطة للحد مشتهى طبعاً: بأن كان فرج آدمي حي، فهذه قيود لإيجاب الحد.

وخرج بالأول الصبي والمجنون، فلا حد عليهما[2].

وبالثاني: الخنثى إذا أولج آلة الذكورة، فلا حد عليه، لاحتمال أنوثته وكون هذا عرقاً زائداً.

وبالثالث: ما لو أولج بعض الحشفة، فلا حد عليه.

وبالرابع: ما لو خلق له ذكران مشتبهان فأولج أحدهما، فلا حدّ للشك في كونه أصلياً كما قاله الأذرعي.

وبالخامس: الذكر المبان، فلا حد فيه.

وبالسادس: ما لو أولج في فرج خنثى مشكل، فلا حد، لاحتمال ذكورته وكون هذا المحل زائداً.

---

(١) أي ولو كان المولج فيه غير مكلف فيحد المكلف وكذا لو كان المولج فيه مكلفاً والمولج غير مكلف فيحد المولج فيه. وحاصل الشروط اثنا عشر: أحدها أن يكون مكلفاً ثانيها واضح الذكورة ثالثها أولج لجميع حشفته رابعها أصالة الذكر خامسها اتصاله سادسها في قبل سابعها أن يكون القبل واضح الأنوثة ثامنها أن يكون محرماً تاسعها في نفس الأمر عاشرها لعين الإيلاج حادي عشرها الخلوّ عن الشبهة ثاني عشرها أن يكون مشتهى طبعاً والشارح جعلها تسعة.

(٢) كذا لا حد على من جهل تحريم الزنا لقرب عهده بالإسلام أو لكونه نشأ ببادية بعيدة عن المسلمين ومن نشأ بين المسلمين وقال لم أعلم التحريم لم يقبل قوله شرح المنوفي. ويؤخذ من هذا جواب حادثة وقع السؤال عنها وهي أن شخصاً وطىء جارية زوجته وأحبلها مدعياً جهله وأنّ ملك زوجته ملك له وهو عدم قبول ذلك منه وحده وكون الولد رقيقاً لعدم خفاء ذلك على مخالطنا. ولو زنى ظاناً أنه غير بالغ فبان أنه بالغ فوجهان أصحهما وجوب الحد.

. . . .

وبالسابع المحرم لأمر خارج[١]، كوطء حائض وصائمة ومحرمة ونحوه وبنفس الأمر ما لو وطيء[٢] زوجته، ظاناً أنها أجنبية فلا حد فيه وبالتاسع وطء البهيمة والميتة، فلا حد فيه.

وبالثامن وطء شبهة الطريق[٣] والفاعل[٤] والمحل[٥]، إلا في جارية بيت المال[٦]، فيُحَدُّ بوطئها، لأنه لا يستحق الإعفاف فيه، وإن استحق النفقة.

---

(١) هذا خارج به باعتبار تقييده بعين الإيلاج وهو مؤخر عن نفس الأمر وكان الأولى فيهما الترتيب ولكونهما قيدين في القيد لم يعتبرهما في العدد.

(٢) الذي في خط المؤلف ما لو وطيء بدون الكاف وهي أولى.

(٣) هي ما قال بها عالم كنكاح بلا ولي وشهود بأن راعى مذهب داود الظاهري كأن زوّجته نفسها فهي شبهة طريق فالمراد بالطريق المذهب فلا حد وإن لم يقصد تقليده.

(٤) كأن يظن امرأة أجنبية زوجته فيطؤها فلا حد وكوطء المكره ولا حرمة عليه وفيه نظر لأن الزنا والقتل لا يباحان بالإكراه وكذا يحرم عليه لو وطيء زوجته ممثلاً لها بأجنبية وإذا وطيء زوجته في نفس الأمر يظنها أجنبية فلا حد عليه لكن يحرم عليه الإقدام على الفعل.

(٥) بأن كانت أمة مشتركة بينهما ووطئها أحدهما فلا حد وكوطء جارية ولده لأن مال الولد كله محل لإعفاف أصله ومنه الجارية وكوطء أمته المحرمة عليه لمحرمية نسب أو رضاع أو مصاهرة كأخته منهما وبنته وأمه من الرضاع وموطوءة أبيه وابنه ووطء أمة له فيها ملك كالأمة المشتركة شرح المنوفي اهـ وقد نظم بعضهم الثلاثة في قوله:

اللذ أباح البعض حله فلا ... حدّ به وللطريق اشتملا

وشبهة لفاعل كان أتى ... لحرمة يظن حلاً مثبتا

ذات اشتراك ألحقن وسمين ... هذا الأخير بالمحل فاعلمن

ومثال الأول كالنكاح بلا شهود عند العقد عند مالك ويجب الإشهاد عنده قبل الدخول وبلا ولي عند أبي حنيفة فلا حد على الفاعل وإن اعتقد التحريم دميري قال في شرح الروض نعم إن حكم حاكم في إبطال النكاح المختلف فيه وفرق بين الزوجين قال الماوردي لزمهما الحد أي بالوطء بعد التفريق.

(٦) استثناء من شبهة المحل وهو استثناء منقطع لأنه لا شبهة له في هذه الجارية وإن كان له شبهة النفقة إلا أن يقال إن له شبهة في تلك الأمة في الجملة لأن الإمام ربما باع الجارية وصرف ثمنها لحاجته.

عَلَى ضَرْبَيْنِ: مُحْصَنٌ، وَغَيْرُ مُحْصَنٍ، فَالْمُحْصَنُ حَدُّهُ الرَّجْمُ، وَغَيْرُ الْمُحْصَنِ حَدُّهُ مِائَةُ جَلْدَةٍ،

ثم هو بالنسبة إلى تقسيم الحد في حقه (على ضربين: محصن) وهو: من استكمل الشروط الآتية (وغير محصن) وهو: من لم يستكملها.

[القَوْلُ فِي حدِّ الْمُحْصَنِ]

(فالمحصن) والمحصنة كل منهما (حده الرجم) حتى يموت، بالإجماع وتظاهر الأخبار فيه، كرجم ماعز والغامدية وقرىءشاذاً «والشيخ والشيخة إذا زنيا، فارجموهما البتة» وهذه نسخ لفظها وبقي حكمها، وكانت هذه الآية في الأحزاب كما قاله الزمخشري في تفسيره.

ولو زنى قبل إحصانه ولم يحد في زنى بعده جلد ثم رجم على الأصح[1] في «الروضة» في اللعان، وأرسل فيها في باب قاطع الطريق وجهين مصححين من غير تصريح بترجيح، وصحح في المهمات أن الراجح ما صححاه في اللعان، وهو المصحح في التنبيه أيضاً، ومشيت عليه في شرحه وأقره عليه النوري في تصحيحه.

[القَوْلُ فِي حَدِّ غَيْرِ الْمُحْصَنِ]

(وغير المحصن) ذَكَراً كان أو أنثى إذا كان حراً (حَدُّهُ مِائَةُ جَلدةٍ) لآية: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَٱجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] أي: ولاء فلو فرقها نظر: فإن لم يزل الألم لم يضر، وإلا فإن كان خمسين لم يضر وإن كان دون ذلك ضر وعلل بأن الخمسين حد الرقيق، وسمي جلداً لوصوله إلى الحد (وتغريب عام)[2] لرواية مسلم بذلك.

---

(١) لأنهما عقوبتان مختلفتان فلا يتداخلان، والوجه الثاني يقول باندراج الجلد في الرجم (قوله وأرسل) أي أطلق فيها وجهين أي دخول الجلد في الرجم وعدم دخوله.

(٢) وشروط التغريب ستة: أن يكون من الإمام أو نائبه وأن يكون عاماً وأن يكون إلى مسافة القصر فما فوق وأن يكون إلى بلد معين وأن يكون الطريق والمقصد آمناً وأن لا يكون بالبلد طاعون لحرمة دخوله ويزاد في حق المرأة والأمرد الجميل أن يخرجا مع نحو محرم كما يأتي ويصدق بيمينه في مضي عام عليه حيث لا بينة ويحلف ندباً إن اتهم لبناء حقه تعالى على المسامحة

وَتَغْرِيبُ عَامٍ إِلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ فَمَا فَوْقَهَا.

تنبيه ـ أفهم عطفه التغريب بالواو أنه لا يشترط الترتيب بينهما، فلو قدم التغريب على الجلد جاز كما صرح به في «الروضة» وأصلها، وأفهم لفظ التغريب أنه لا بد من تغريب الإمام أو نائبه، حتى لو أراد الإمام تغريبه فخرج بنفسه وغاب سنة ثم عاد لم يكف، وهو الصحيح، لأن المقصود التنكيل ولم يحصل، ابتداء العام من حصوله في بلد التغريب في أحد وجهين أجاب به القاضي أبو الطيب، والوجه الثاني من خروجه من بلد الزنا.

ولو ادعى المحدود انقضاء العام ولا بينة صدق، لأنه من حقوق الله تعالى ويحلف ندباً، قال الماوردي: وينبغي للإمام أن يثبت في ديوانه أول زمان التغريب.

ويغرب من بلد الزنا (إلى مسافة القصر)، لأن ما دونها في حكم الحضر لتواصل الأخبار فيها إليه، ولأن المقصود إيحاشه بالبعد عن الأهل والوطن (فما فوقها) إن رآه الإمام لأن عمر غرب إلى الشام وعثمان إلى مصر، وعليّ إلى البصرة وليكن تغريبه إلى بلد معين، فلا يرسله الإمام إرسالاً، وإذا عين له الإمام جهة، فليس للمغرب أن يختار غيرها، لأن ذلك أليق بالزجر، ومعاملة له بنقيض قصده.

تنبيه ـ لو غرب إلى بلد معين فهل يمنع من الانتقال إلى بلد آخر؟ وجهان أصحهما ـ كما في أصل «الروضة» ـ لا يمنع[1]، لأنه امتثل، والمنع من الانتقال لم يدل عليه دليل، ويجوز أن يحمل معه جارية يتسرى بها مع نفقة يحتاج إليها وكذا مال يتجر فيه كما قاله الماوردي، وليس له أن يحمل معه أهله وعشيرته فإن خرجوا معه لم يمنعوا، ولا يعقل في الموضع الذي غرب إليه، لكن يحفظ بالمراقبة والتوكيل به، لئلا يرجع إلى بلده أو إلى ما دون مسافة القصر منها، لا لئلا ينتقل إلى بلد آخر، لما مر من أنه لو انتقل إلى بلد آخر لم يمنع، ولو عاد إلى بلده الذي غرب منه، أو إلى ما دون مسافة القصر منه رُدَّ واستؤنفت المدة على الأصح، إذ لا يجوز تفريق سنة التغريب في

وتغرّب المعتدة. وأخذ منه تغريب المدين أما مستأجر العين فالأوجه عدم تغريبه إن تعذر عمله في الغربة كما لا يحبس إن تعذر ذلك في الحبس.

(١) ضعيف وعليه لا بد أن يكون بين البلد الذي انتقل إليها وبين بلده مسافة القصر أو أكثر.

وَشَرَائِطُ الإِحْصَانِ أَرْبَعٌ: الْبُلُوغُ، وَالْعَقْلُ، وَالْحُرِّيَّةُ،

الحر ولا نصفها في غيره، لأن الإيحاش لا يحصل معه. وقضية هذا أنه لا يتعين للتغريب[1] البلد الذي غرب إليه، وهو كذلك، ويغرب زان غريب له، بلد من بلد الزنا تنكيلاً وإبعاداً عن موضع الفاحشة إلى غير بلده لأن القصد إيحاشه وعقوبته وعوده إلى وطنه يأباه، ويشترط أن يكون بينه وبين بلده مسافة القصر فما فوقها، ليحصل ما ذكر، فإن عاد إلى بلده الأصلي منع منه. معاملة له بنقيض قصده.

[القَوْلُ فِي شُرُوطِ الإِحْصَانِ]

ثم شرع في شروط الإحصان في الزنا، فقال: (وشرائط الإحصان[2] أربعة)، الأول (البلوغ)، والثاني (العقل) فلا حصانة لصبي ومجنون لعدم الحد عليهما، لكن يؤدبان بما يزجرهما كما قاله في «الروضة».

تنبيه ـ ما ذكره من اعتبار التكليف ـ ولو عبر به لكان أخصر ـ في الإحصان صحيح، إلا أن هذا الوصف لا يختص بالإحصان، بل هو شرط لوجوب الحد مطلقاً، كما مرت الإشارة إليه، والمتعدي بسكره كالمكلف.

(و) الثالث ـ (الحرية)، فالرقيق ليس بمحصن ولو مكاتباً ومبعضاً ومستولدة،

---

(١) إن كان مراده التغريب الثاني كان كلامه معتمداً وكان قوله وقضية هذا أي التعليل بأن المقصود الإيحاش وقوله ويغرب زان غريب أي وتدخل مدة التغريب الأول في الثاني. وحاصل ذلك أن الزاني إن زنى في وطنه فالأمر ظاهر كما في المتن والشرح وإن كان غريباً وزنى فإن توطن فكذلك وإن لم يتوطن انتظر توطنه ثم يغرب،وإن زنى وهو مسافر غرّب إلى غير مقصده وإن زنى في البلد الذي غرب إليها انتقل منها إلى محل بينه وبين محل الزنا مسافة القصر وكذا بينه وبين بلده الأصلي.

(٢) أي إحصان حدّ الزنا، وأما إحصان حدّ القذف فسيأتي أن شروطه خمسة: الإسلام والبلوغ والعقل والحرية وعفته عن وطء محرم مملوكة له وعن وطء زوجته في دبرها وإلا بطلت حصانته اهـ م د.
واعلم أن الإحصان له في اللغة معان: منها المنع نحو قوله «لتحصنكم من بأسكم» ومنها البلوغ والعقل كما في قوله «فإذا أحصنّ فإن أتين بفاحشة» وبمعنى الحرية كقوله «نصف ما على المحصنات من العذاب» وبمعنى العفة ومنه «والذين يرمون المحصنات» وبمعنى التزويج ومنه «والمحصنات من النساء» وعلى الوطء في نكاح صحيح مع الشروط وهو المراد هنا.

وَوُجُودِ الْوَطْءِ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ،

لأنه على النصف من الحر، والرجم لا نصف له ولو كان ذمياً أو مرتداً، لأنه ﷺ: «رَجَمَ اليَهُودِيَّيْنِ» كما ثبت في الصحيحين[1] زاد أبو داود: «وَكَانَا قَدْ أُحْصِنَا».

تنبيه ـ عقد الذمة شرط لإقامة الحد على الذمي، لا لكونه محصناً، فلو غيب حربي حشفته في نكاح وصححنا أنكحة الكفار وهو الأصح فهو محصن، حتى لو عقدت له ذمته فزنى رجم، ومثل الذمي المرتد، وخرج به المستأمن، فإنا لا نقيم عليه حد الزنا على المشهور.

(و) الرابع ـ (وجود الوطء) بغيبوبة الحشفة، أو قدرها عند فقدها من مكلف بقبل ولو لم تزل البكارة كما مر (في نكاح صحيح) لأن الشهوة مركبة في النفوس، فإذا وطىء في نكاح صحيح ولو كانت الموطوءة في عدة وطء شبهة، أو وطئها في نهار رمضان أو في حيض أو إحرام فقد استوفاها فحقه أن يمتنع من الحرام، ولأنه يكمل طريق الحل يدفع البينونة بطلقة أو ردة فخرج بقيد الوطء المفاخذة ونحوها، وبقيد الحشفة غيبوبة بعضها وبقيد القبل الوطء في الدبر، وبقيد النكاح الوطء في ملك اليمين والوطء بشبهة، وبقيد الصحيح الوطء في النكاح الفاسد، لأنه حرام فلا يحصل به صفة كمال، فلا حصانة في هذه الصور المحترز عنها بالقيود المذكورة.

والأصح المنصوص اشتراط التغييب لحشفة الرجل أو قدرها حال حريته الكاملة وتكليفه، فلا يجب الرجم على من وطىء في نكاح صحيح وهو صبي أو مجنون أو رقيق. وإنما اعتبر وقوعه في حال الكمال لأنه مختص بأكمل الجهات، وهو النكاح الصحيح، فاعتبر حصوله من كامل حتى لا يرجم من وطىء وهو ناقص ثم زنى وهو كامل، ويرجم من كان كاملاً في الحالين وإن تخللهما نقص، كجنون ورق، والعبرة بالكمال في الحالين.

فإن قيل: يرد على هذا إدخال المرأة حشفة الرجل وهو نائم وإدخاله فيها وهي

---

(١) أخرجه البخاري ١٢/١٦٦ (٦٨٤١) ومسلم ٣/١٣٢٦ (٢٦/١٦٩٩).

وَالْعَبْدُ وَالأَمَةُ حَدُّهُمَا نِصْفُ حَدِّ الحُرِّ،

نائمة فإنه يحصل الإحصان للنائم أيضاً مع أنه غير مكلف عند الفعل، أجيب بأنه مكلف، استصحاباً لحاله قبل النوم.

تنبيه ـ سكتوا عن شرط الاختيار هنا، وقضية كلامهم عدم اشتراطه حتى لو وجدت الإصابة والزوج مكره عليها وقلنا بتصور الإكراه، حصل التحصين، وهو كذلك.

وهذه الشروط كما تعتبر في الواطىء تعتبر أيضاً في الموطوءة، والأظهر ـ كما في «الروضة» ـ أن الكامل من رجل أو امرأة إذا تزوج بناقص محصن لأنه حر مكلف، وطىء في نكاح صحيح، فأشبه ما إذا كانا كاملين.

ولا تغرب امرأة زانية وحدها، بل مع زوج أو محرم، لخبر: «لَا تُسَافِرُ الْمَرْأَةُ إِلَّا وَمَعَهَا زَوْجٌ أَوْ مُحْرَمٌ» وفي الصحيحين: «لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ أَنْ تُسَافِرَ مَسِيرَةَ يَوْمٍ إِلَّا مَعَ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ» ولأن القصد تأديبها، والزانية إذا أخرجت وحدها هتكت جلباب الحياء فإن امتنع منّ ذكر من الخروج معها ولو بأجرة لا يجبر كما في الحج، لأن فيه تغريب من لم يذنب، ولا يأثم بامتناعه كما بحثه في «المطلب» فيؤخر تغريبها إلى أن يتيسر من يخرج معها كما جزم به ابن الصباغ.

[القَوْلُ فِي حَدِّ الْعَبْدِ وَالأَمَةِ]

ثم شرع في حد غير الحر، فقال: (والعبد والأمة) المكلفان ولو مبعضين (حدهما نصف حد الحر) وهو خمسون جلدة، لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] والمراد الجلد، لأن الرجم قتل، والقتل لا يتنصّف، وروى مالك وأحمد عن عليّ رضي الله تعالى عنه أنه أُتِيَ بعبد وأمة زنيا فجلدهما خمسين إذ لا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى بجامع الرق، ولو غَبَّرَ المصنف بمن فيه رق لعم المكاتب، وأم الولد، والمبعض، ويغرب من فيه رق نصف سنة، كما شمل ذلك قول المصنف «نصف الحر» ولعموم الآية فأشبه الجلد.

. . . .

[القَوْلُ فِي مُؤْنَةِ التَّغْرِيبِ]

تنبيه ـ مؤنة المغرب في مدة تغريبه على نفسه إن كان حراً، وعلى سيده إن كان رقيقاً، وإن زادت على مؤنة الحر، ولو زنى العبد المؤجر حد، وهل يغرب في الحال ويثبت للمستأجر الخيار، أو يؤخر إلى مضي المدة؟ وجهان حكاهما الدارمي، قال الأذرعي: ويقرب أن يفرق بين طول مدة الإجارة وقصرها، قال: ويشبه أن يجيء ذلك في الأجير الحر أيضاً اهـ. والأوجه: أنه لا يغرب إن تعذر عمله في الغربة، كما لا يحبس لغريمه إن تعذر عمله في الحبس، بل أولى، لأن ذلك حق آدمي، وهذا حق الله تعالى. بخلاف المرأة إذا توجه عليها حبس فإنها تحبس، ولو فات التمتع على الزوج، لأنه لا غاية له، وقضية كلامهم أنه لا فرق بين العبد المسلم والكافر وهو كذلك.

[القَوْلُ فِيمَا يَثْبُتُ بِهِ الزِّنَا]

ويثبت الزنا بأحد أمرين[1]: إما ببينة عليه، وهي أربعة شهود لآية: ﴿واللاَّتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ﴾ [النساء: ١٥] (أو) إقرار حقيقي ولو مرة، لأنه ﷺ «رَجَمَ

(١) ويزاد اللعان في حق الزوج فلا يثبت الزنا باليمين المردودة ولا بحبل المرأة وهي خلية خلافاً للمالكية. قال الشعراني في الميزان وإذا ظهر بالمرأة الحرة حمل لا زوج لها وكذلك الأمة التي لا يعرف لها زوج وتقول أكرهت أو وطئت بشبهة فلا يجب عليها حدّ كما قاله أبو حنيفة والشافعي وأحمد في أظهر روايتيه. وقال مالك إنها تحد إذا كانت مقيمة ليست بغربة ولا يقبل قولها في الشبهة والغصب إلا أن يظهر أثر ذلك كمجيئها مستغيثة وشبه ذلك مما يظهر به صدقها. ووجه الأول عدم تحققنا منها ما يوجب الحدّ لاحتمال أنها وطئت وهي نائمة أو مغمى عليها فحملت من ذلك الوطء وقد روى البيهقي «أن امرأة لا زوج لها أتي بها إلى عمر بن الخطاب حين وجدوها حاملاً فقال عمر للحاضرين: الذي عندي أن هذه ما هي من أهل التهمة ثم استفهمها عن شأنها، فقالت يا أمير المؤمنين إني امرأة أرعى الغنم وإذا دخلت في صلاتي فربما غلب عليّ الخشوع فأغيب عن إحساسي فربما أتى أحد من العتاة فغشيني من غير علمني أي وطئني قال تعالى ﴿فلما تغشاها حملت حملاً﴾ الخ فقال لها عمر رضي الله عنه وذلك ظني بك ودرأ عنها الحدّ» وقد حكيت ذلك لزوجتي أم عبدالرحمن فقالت إن الولد لا يتخلق إلا من ماء الرجل والمرأة معاً وإذا كانت غائبة العقل فلا شعور لها بلذة جماع ذلك الرجل حتى يخرج ماؤها وتخلق الولد من ماء =

وَحُكْمُ اللِّوَاطِ وَإِتْيَانِ الْبَهَائِمِ كَحُكْمِ الزِّنَا،

مَاعِزاً وَالغَامِدِيَّةَ بِإِقْرَارِهِمَا» رواه مسلم(١) ـ ويشترط في البينة التفصيل، فتذكر بمن زنى لجواز أن لا حد عليه بوطئها والكيفية، لاحتمال إرادة المباشرة فيما دون الفرج وتتعرض للحشفة أو قدرها وقت الزنا، فنقول: رأيناه أدخل ذكره أو حشفته في فرج فلانة على وجه الزنا، ويعتبر كون الإقرار مفصلاً، كالشهادة. وخرج بالإقرار الحقيقي التقديري، وهو اليمين المردودة بعد نكول الخصم، فلا يثبت به الزنا، ولكن يسقط به الحد عن القاذف.

ويسن للزاني وكل من ارتكبَ معصية الستر على نفسه، لخبر: «مَنْ أَتَى مِنْ هَذِهِ الْقَاذُورَاتِ شَيْئاً فَلْيَسْتَتِرْ بِسَتْرِ اللَّهِ تَعَالَى، فَإِنَّ مَنْ أَبْدَى لَنَا صَفْحَتَهُ أَقَمْنَا عَلَيْهِ الحَدَّ» رواه الحاكم والبيهقي بإسناد جيد(٢).

حُكْمُ اللِّوَاطِ

(وحكم اللواط) وهو: إيلاج الحشفة، أو قدرها في دبر ذكر ولو عبده أو أنثى غير زوجته وأمته (وإتيان البهائم) مطلقاً في وجوب الحد (كحكم الزنا) في القبل، على المذهب في مسألة اللواط فقط، فيرجم الفاعل المحصن، ويجلد ويغرب غيره على ما سبق. وأما المفعول به فيجلد ويغرب مطلقاً، أحصن أم لا على الأصح، وخرج بقيد غير زوجته وأمته اللواط بهما، فلا حد عليه، بل واجبه التعزير فقط على المذهب

= واحد من خصائص عيسى عليه الصلاة والسلام قالت والذي عندي أنها شعرت بوطء الرجل لها فخرج ماؤها ولكن استحيت من الناس فأورث ذلك شبهة عند عمر فدرأ الحد عنها إلا أنه سلم لها قولها مطلقاً فقلت لها وقد تكون هذه المرأة احتلمت بعد نزع الرجل منها فاختلط منيها بمنيه الباقي في رحمها فتخلق من ذلك الولد أو أنها كانت من ورثة أم عيسى في المقام فكما قام نفخ الملك في ذيل قميص مريم مقام ماء الزوج كذلك قام مقام نفخ ملك أو شيطان في ذيل هذه المرأة مقام ماء الزوج أو السيد عادة فقالت هذا بعيد. وأما وجه قول الإمام مالك الذي هو مقابل قول الأئمة الثلاثة إنها تحد فهو لعدم إبدائها شبهة يدرأ بها الحد عنها عنده فاعلم ذلك.

(١) أخرجه مسلم ٣/ ١٣٢١ (٢٢/ ١٦٩٥).

(٢) انظر التلخيص ٤/ ٥٧.

وَمَنْ وَطِىءَ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ عُزِّرَ، وَلاَ يَبْلغُ بِالتَّعْزِيرِ أَدْنَى الحُدُودِ.

في «الروضة» أي إذا تكرر منه الفعل، فإن لم يتكرر فلا تعزير، كما ذكره البغوي والروياني، والزوجة والأمة في التعزير مثله.

وأما ما ذكره المصنف من أن إتيان البهائم في الحد كالزنا، فهو أحد الأقوال الثلاثة في المسألة، وهو مرجوح، وعليه يفرق بين المحصن وغيره لأنه حد يجب بالوطء، وكذا علله صاحب «المهذب» و«التهذيب»، والثاني: أن واجبه القتل محصناً كان أو غيره، لقوله ﷺ: «مَنْ أَتَى بَهِيمَةً فَٱقْتُلُوهُ وَٱقْتُلُوهَا مَعَهُ»[1] رواه الحاكم، وصح إسناده، وأظهرها لا حد فيه، كما في المنهاج كأصله، لأن الطبع السليم يأباه، فلم يحتج إلى زاجر بحد، بل يعزر، وفي النسائي عن ابن عباس: «لَيْسَ عَلَى الَّذِي يَأْتِي الْبَهِيمَةَ حَدٌّ»[2]، ومثل هذا لا يقوله إلا عن توقيف.

[الْقَوْلُ فِي حُكْمِ الْمُبَاشَرَةِ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ]

(ومن وطىء) الأولى ومن باشر (فيما دون الفرج) بمفاخذة أو معانقة أو قبلة، أو نحو ذلك (عزر) بما يراه الإمام من ضرب أو صفع أو حبس أو نفي، ويعمل بما يراه: من الجمع بين هذه الأمور أو الاقتصار على بعضها، وله الاقتصار على التوبيخ باللسان وحده فيما يتعلق بحق الله تعالى كما في «الروضة».

ضَابِطُ مَا فِيهِ التَّعْزِيرُ

(ولا يبلغ) الإمام وجوباً (بالتعزير أدنى الحدود) لأن الضابط في التعزير أنه مشروع في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة، سواء أكانت حقاً لله تعالى أم لآدمي وسواء أكانت من مقدمات ما فيه حد، كمباشرة أجنبية في غير الفرج، وسرقة ما لا قطع فيه، والسبُّ بما ليس بقذف أم لا كالتزوير وشهادة الزور، والضرب بغير حق، ونشوز المرأة، ومنع الزوج حقها مع القدرة.

---

(١) أخرجه أبو داود في الحدود.باب (٣٠) وانظر نصب الراية ٣/ ٣٤٢.

(٢) الحاكم ٤/ ٣٥٦.

. . . .

والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَالـلَّاتِـي تَخَـافُـونَ نُشُـوزَهُـنَّ﴾ [النساء: ٣٤] الآية فأباح الضرب عند المخالفة، فكان فيه تنبيه على التعزير، وروى البيهقي أن علياً رضي الله تعالى عنه سئل عمن قال لرجل: يا فاسق يا خبيث، فقال: يعزر.

أُمُورٌ ثَلاثَةٌ نَتِيجَةٌ لِضَابِطِ التَّعْزِيرِ

تنبيه ـ اقتضى الضابط المذكور ثلاثة أمور:

الأول ـ تعزير ذي المعصية التي لا حد فيها ولا كفارة، ويستثنى منه مسائل منها: الأصل لا يعزر لحق الفرع، كما لا يحد بقذفه، ومنها ما إذا ارتد[1] ثم أسلم فإنه لا يعزر أول مرة، ومنها: أما إذا كلف السيد عبده ما لا يطيق الدوام عليه، فإنه يحرم عليه، ولا يعزر أول مرة، وإنما يقال له: لا تَعُدْ، فإن عاد عزر، ومنها: إذا قطع الشخص أطراف نفسه.

الأمر الثاني ـ متى كان في المعصية حد كالزنا أو كفارة كالتمتع بطيب في الإحرام ينتفي التعزير، لإيجاب الأول الحد، والثاني الكفارة ويستثنى منه مسائل منها: إفساد الصائم يوماً من رمضان بجماع زوجته أو أمته، فإنه يجب فيه التعزير مع الكفارة، ومنها: المظاهر، يجب عليه التعزير مع الكفارة ومنها: اليمين الغموس، يجب فيها التعزير مع الكفارة، ومنها: ما ذكره الشيخ عز الدين في القواعد الصغرى، أنه لو زنى بِأُمِّهِ في جوف الكعبة في رمضان وهو صائم معتكف محرم لزمه العتق والبدنة، ويحد للزنا، ويعزر لقطع رحمه وانتهاك حرمة الكعبة.

الأمر الثالث ـ أنه لا يعزر في غير معصية، ويستثنى منه مسائل: منها: الصبي والمجنون يعزران إذا فعلا ما يعزر عليه البالغ العاقل، وإن لم يكن فعلهما معصية، ومنها أن المحتسب يمنع من يكتسب باللهو ويؤدب عليه الآخذ والمعطي، وظاهره:

---

(١) فيه نظر لأن الردّة فيها حدّ وهو القتل فكيف استثناها. ويجاب بأنه لما أسلم سقط الحد فصح الاستثناء.

. . . .

تناول اللهو المباح، ومنها نفي المخنث، نص عليه الشافعي مع أنه ليس بمعصية، وإنما هو فعل للمصلحة واستثنيت في شرح «المنهاج» وغيره من ذلك مسائل عديدة مهمة لا يحتملها شرح هذا «المختصر»، وفيما ذكرته تذكرة لأولي الألباب.

تتمة ـ للإمام ترك تعزير لحق الله تعالى لإعراضه ﷺ عن جماعة استحقوه كالغالِ في الغنيمة ولاوي شدقه[1] في حكمه للزبير، ولا يجوز تركه إن كان لآدمي عند طلبه كالقصاص على المعتمد، وإن خالف في ذلك ابن المقري ويعزر من وافق الكفار في أعيادهم، ومن يمسك الحية ويدخل النار، ومن قال لذمي: يا حاج، ومن يسمي زائر قبور الصالحين حاجاً، ولا يجوز للإمام العفو عن الحد، ولا تجوز الشفاعة فيه، وتسن الشفاعة الحسنة إلى ولاة الأمور. لقوله تعالى: ﴿مَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً﴾ [النساء: ٨٥] الآية ولما في الصحيحين عن أبي موسى أن النبيّ ﷺ «كَانَ إِذَا أَتَاهُ طَالِبُ حَاجَةٍ أَقْبَلَ عَلَى جُلَسَائِهِ، وَقَالَ: ٱشْفَعُوا تُؤْجَرُوا، وَيَقْضِي اللَّهُ عَلَى لِسَانِ نَبِيِّهِ مَا شَاءَ»[2].

---

(١) بكسر الواو من الالتواء والشدق جوانب الفم وهو بكسر الشين وفتحها والمكسورة يجمع على أشداق كحمل وأحمال والمفتوح يجمع على شدوق كفلس وفلوس اهـ مصباح. وحاصله أن الزبير تخاصم مع رجل في سقي أرض فحكم النبيّ ﷺ للزبير بأن يسقي أوّلاً أي لكونه أحيا أوّلاً، فقال الخصم يا رسول الله أن كان ابن عمتك بفتح الهمزة من أن تعليلاً لمحذوف أي حكمت له لكونه ابن عمتك ولوى شدقه فاغتمّ النبيّ وظهر عليه الغضب فحكم النبيّ ثانياً للزبير بأنه يسقي ويحبس الماء إلى الكعبين، وكان أوّلاً أمر الزبير يسامح خصمه من بعض حقه فلما وقع من الخصم ما ذكر رجع النبيّ وحكم بما ذكر، ولا يجوز ترك التعزير إن كان لآدمي عند طلبه. ولو عفا مستحق العقوبة عن القصاص أو الحد أو التعزير سقط ما ذكر لكن للإمام أن لا يترك التعزير لأن أصله يتعلق بنظره فلم يؤثر فيه إسقاط غيره كما نقله المنوفي عن تصحيح الروضة ولا ينافي هذا قول الشارح في الفصل الذي بعد هذا وألحق في الروضة التعزير بالحد فقال إنه سقط بالعفو أيضاً لأن هذا بالنسبة للمستحق لا للإمام فسقط ما في الحاشية من ذكره التنافي.

(٢) أخرجه البخاري ٢/ ١٤٠ وأبو داود (٥١٣١) والحميدي ٧٧١ وأحمد ٤/ ٤٠٤ والبيهقي ٨/ ١٦٧.

فَصْـــلٌ
فِي حَـــدِّ الـقَــذْفِ

وَإِذَا قَذَفَ غَيْرَهُ بِالزِّنَا فَعَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ

فَصْــلٌ فِي أَحْكَامِ حَدِّ الْقَذْفِ

وهو بالذال المعجمة لغة: الرمي، وشرعاً: الرمي بالزنا في معرض التعبير.

وألفاظ القذف ثلاثة: صريح، وكناية، وتعريض، وبدأ بالأول فقال: (وإذا قذف) شخص (غيره بالزنا) كقوله لرجل أو امرأة زنيت، أو زنيت بفتح التاء وكسرها، أو يا زاني، أو يا زانية (فعليه حد القذف) للمقذوف، بالإجماع المستند إلى قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النور: ٤] الآية، وَقَوْله ﷺ لِهِلَال بْن أُمَيَّةَ حِينَ قَذَفَ زَوْجَتَهُ بِشَرِيكِ بْنِ سَمْحَاءَ «الْبَيِّنَة أَوْ حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ»[١] ولما قال ﷺ له ذلك قال: يا رسول الله، إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة؟ فجعل النبيّ ﷺ يكرر ذلك. فقال هلال: والذي بعثك بالحق نبياً إني لصادق ولينزلن الله ما يبرىء ظهري من الحد فنزلت آية اللعان، ولو قال للرجل «يا زانية» وللمرأة «يا زاني» كان قذفاً ولا يضر اللحن بالتذكير للمؤنث وعكسه، كما صرح به في «المحرر»، ولو خاطب خنثى بزانية أو زان وجب الحد، لكنه يكون صريحاً إن أضاف الزنا إلى فرجيه، فإن أضافه إلى أحدهما كان كناية.

والرمي لشخص بإيلاج ذكره، أو حشفة منه في فرج مع وصف الإيلاج بتحريم مطلق أو الرمي بإيلاج ذكر أو حشفة دبر، صريح: وإنما اشترط الوصف بالتحريم في القبل دون الدبر، لأن الإيلاج في الدبر[٢] لا يكون إلا حراماً، فإن لم يوصف الأول بالتحريم فليس بصريح لصدقه بالحلال، بخلاف الثاني.

وأما اللفظ الثاني، وهو الكناية، فكقوله: زنأت ـ بالهمزة ـ في الجبل، أو

---

(١) أخرجه البخاري ٨/٤٤٩ (٤٧٤٧).

(٢) فيه أنه يحتمل أن يكون في دبر زوجته ولا حد بالإيلاج فيه فكيف يكون صريحاً قال م ر ومع ذلك أي صراحته إذا قال أردت دبر زوجته فإنه يقبل قوله بيمينه على الأوجه فيعزر ولا حد.

بِثَمَانِيَةِ شَرَائِطَ، ثَلَاثَةٌ مِنْهَا فِي الْقَاذِفِ، وَهُوَ، أَنْ يَكُونَ بَالِغاً عَاقِلاً، وَأَنْ لاَّ يَكُونَ وَالِداً

السلم، أو نحوه فهو كناية لأن ظاهره يقتضي الصعود، و«زنيت ـ بالياء، في الجبل» صريح للظهور فيه، كما لو قال: في الدار وكقوله لرجل: يا فاجر، يا فاسق، يا خبيث، ولامرأة: يا فاجرة، يا فاسقة، يا خبيثة، وأنت تحبين الخلوة، أو الظلمة، أو لا تردين يد لامس، واختلف في قول شخص لآخر: «يا لوطي»؛ هل هو صريح أو كناية لاحتمال أن يريد أنه على دين قوم لوط؟ والمعتمد أنه كناية، بخلاف قوله «يا لائط» فإنه صريح، قال ابن القطان، ولو قال له: يا بغاء، أو لها: يا قحبة، فهو كناية. والذي أفتى به ابن عبدالسلام في «يا قحبة» أنه صريح، وهو الظاهر، وأفتى أيضاً بصراحة «يا مخنث» للعرف، والظاهر أنه كناية، فإن أنكر شخص في الكناية إرادة قذف بها صدق بيمينه لأنه أعرف بمراده، فيحلف أنه ما أراد قذفه، قاله الماوردي، ثم عليه التعزير للإيذاء، وقيده الماوردي بما إذا خرج لفظه مخرج السب والذم، وإلا فلا تعزير، وهو ظاهر.

وأما اللفظ الثالث وهو التعريض فكقوله لغيره في خصومة أو غيرها يا ابن الحلال. وأما أنا فلست بزان، ونحوه: كليست أمي بزانية. ولست ابن خباز أو إسكاف. وما أحسن اسمك في الجيران. فليس ذلك بقذف صريح ولا كناية. وإن نواه. لأن النية إنما تؤثر إذا احتمل اللفظ المنوي، وههنا ليس في اللفظ إشعار به، وإنما بقرائن الأحوال، فلا يؤثر فيه.

فاللفظ الذي يقصد به القذف إن لم يحتمل غيره فصريح، وإلا فإن فهم منه القذف بوضعه فكناية، وإلا فتعريض، وليس الرمي بإتيان البهائم قذفاً.

والنسبة إلى غير الزنا من الكبائر وغيرها مما فيه إيذاء، كقوله لها: زنيت بفلانة، أو أصابتك فلانة، يقتضي التعزير، للإيذاء. لا الحد لعدم ثبوته.

وشرائطه أي حد القذف (ثمانية، ثلاثة منها) بل ستة (في القاذف) كما ستعرفه (وهو أن يكون بالغاً، عاقلاً) فلا حد على صبي ومجنون، لنفي الإيذاء بقذفهما لعدم تكليفهما، لكن يعزر إذا كان لهما نوع تمييز. (و) الثالث: (أن لا يكون والداً)

لِلْمَقْذُوفِ وَخَمْسَةٌ فِي الْمَقْذُوفِ، وَهُوَ: أَنْ يَكُونَ مُسْلِماً، بَالِغاً، عَاقِلاً، حُرًّا، عَفِيفاً.

أي أصلاً (للمقذوف) فلا يحد أصل[1] بقذف فرعه وإن سفل، والرابع: كونه مختاراً فلا حد على مكره ـ بفتح الراء في القذف، والخامس: كونه ملتزماً للأحكام فلا حد على حربي، لعدم التزامه، والسادس: كونه ممنوعاً منه ليخرج ما لو أذن محصن لغيره في قذفه، فلا حد كما صرح به في الزوائد.

تنبيه ـ قد علم من الاقتصار على هذه الشروط في القاذف عدم اشتراط إسلامه وحريته، وهو كذلك.

(وخمسة) منها (في المقذوف، وهو: أن يكون مسلماً، بالغاً، عاقلاً، حراً، عفيفاً) عن وطء يحد به: بأن لم يطأ أصلاً، أو وطئ موطئاً لا يحد به كوطء الشريك الأمة المشتركة، لأن أضداد ذلك نقص، وفي الخبر: «مَنْ أَشْرَكَ بِاللَّهِ فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ»[2] وإنما جعل الكافر محصناً في حد الزنا لأن حده إهانة له، والحد بقذفه إكرام له واعتبرت العفة عن الزنا لأن من زنى لا يتعير به.

تنبيه ـ يرد على ما ذكر وطء زوجته في دبرها، فإنه تبطل به حصانته على الأصح، مع أنه لا يحد به، ويتصور الحد بقذف الكافر بأن يقذف مرتداً بزنا يضيفه إلى حال إسلامه، ويقذف المجنون بأن يقذفه بزنا يضيفه إلى حال إفاقته، وبقذفه العبد بأن يقذفه بزنا يضيفه إلى حال حريته إذا طرأ عليه الرق. وصورته: فيما إذا أسلم الأسير ثم اختار الإمام فيه الرق[3].

---

(١) لكن يعزر كما في المنهج وهذا يخالف ما تقدم في المسائل المستثناة حيث قال منها إن الأصل لا يعزر للفرع كما لا يحد بقذفه. وأجيب بأن الذي تقدم ليس فيه قذف بل فيه أمر يوجب التعزير فلا يعزر فيه الفرع لأصله وهنا وجد منه قذف وهو أشد مما يوجب التعزير فيناسب أن يعزر الأصل فيه لفرعه.

(٢) أخرجه الدارقطني ٣/ ١٤٧ والبيهقي ٨/ ٢١٦ وانظر نصب الراية ٣/ ٣٢٧.

(٣) إسلامه إنما عصم دمه من القتل فقط ويتخير الإمام فيه بين الخصال الباقية أي فقذفه بالزنا بعد ضرب الرقّ وأضيف الزنا إلى ما قبل الرقّ وبعد إسلامه وهو قبل الرقّ حر مسلم فلذلك حد القاذف لأن الكافر لا يحد قاذفه.

. . . .

[القَوْلُ فِيمَا تَبْطُلُ بِهِ العِفَّةُ]

وتبطل العفة المعتبرة في الإحصان بوطء شخص وطأً حراماً، وإن لم يحد به كوطء محرمه برضاع أو نسب، كأخت مملوكة له مع علمه بالتحريم لدلالته على قلة مبالاته بالزنا، بل غشيان المحارم أشد من غشيان الأجنبيات ولا تبطل العفة بوطء حرام في نكاح صحيح، كوطء زوجته في عدة شبهة، لأن التحريم عارض يزول، ولا بوطء أمة ولده لثبوت النسب حيث حصل علوق من ذلك الوطء مع انتفاء الحد. ولا بوطء في نكاح فاسد كوطء منكوحته بلا ولي. أو بلا شهود لقوة الشبهة. ولا تبطل العفة بوطء زوجته أو أمته في حيض. أو نفاس. أو إحرام. أو صوم، أو اعتكاف. ولا بوطء زوجته الرجعية. ولا بوطء مملوكة له مرتدة. أو مزوجة. أو قبل الاستبراء أو مكاتبة ولا بزنا صبي ومجنون. ولا بوطء جاهل تحريم الوطء لقرب عهده بالإسلام. أو نشأته ببادية بعيدة عن العلماء ولا بوطء مكره. ولا بوطء مجوسي محرماً له كأمه. بنكاح أو ملك. لأنه لا يعتقد تحريمه. ولا بمقدمات الوطء في الأجنبية.

[القَوْلُ فِي سُقُوطِ حَدِّ الْقَذْفِ بَعْدَ ثُبُوتِهِ]

فروع ـ لو زنى مقذوف قبل أن يحد قاذفه. سقط الحد عن قاذفه لأن الإحصان لا يتيقن، بل يظن. وظهور الزنا يخدشه. كالشاهد ظاهره العدالة شهد بشيء. ثم ظهر فسقه قبل الحكم. ولو ارتد لم يسقط الحد عن قاذفه. والفرق بين الردة والزنا أنه يكتم ما أمكن فإذا ظهر أشعر بسبق مثله. لأن الله تعالى كريم، لا يهتك الستر أول مرة، كما قاله عمر رضي الله تعالى عنه. والردة عقيدة. والعقائد لا تخفى غالباً. فإظهارها لا يدل على سبق الإخفاء. وكالردة السرقة والقتل، لأن ما صدر منه ليس من جنس ما قذف. ومن زنى مرة ثم صلح بأن تاب وصلح حاله لم يعد محصناً أبداً ولو لازم العدالة وصار من أروع خلق الله وأزهدهم لأن العرض إذا انخرم بالزنا لم يزل خلله بما يطرأ من العفة.

وَيُحَدُّ الحُرُّ ثَمَانِينَ، وَالرَّقِيقُ أَرْبَعِينَ، وَيَسْقُطُ حَدُّ الْقَذْفِ بِثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ: إِقَامَةُ البَيِّنَةِ، أَوْ عَفْوِ الْمَقْذُوفِ، أَوِ اللِّعَانِ فِي حَقِّ الزَّوْجَةِ.

فإن قيل: قد ورد: «التَّائِبُ مِنَ الذَّنْبِ كَمَنْ لَا ذَنْبَ لَهُ»[1] أجيب بأن هذا بالنسبة إلى الآخرة.

مِقْدَارُ الحَدِّ فِي الْقَاذِفِ

قال: (ويحد الحر) في القذف (ثمانين) جلدة لقوله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ**﴾ [النور: ٤] الآية. واستفيد كونها في الأحرار من قوله تعالى: ﴿**وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً**﴾ [النور: ٤].

(و) يحد (الرقيق) فيه ولو مبعضاً (أربعين) جلدة بالإجماع. وحد القذف أو تعزيره يورث كسائر حقوق الآدميين، ولو مات المقذوف مرتداً قبل استيفاء الحد فالأوجه أنه لا يسقط، بل يستوفيه وارثه لولا الردة للتشفي كما من نظيره من قصاص الطرف.

[القَوْلُ فِي الأُمُورِ الَّتِي يَسْقُطُ بِهَا الْقَذْفُ]

(ويسقط حد القذف) عن القاذف (بثلاثة) بل بخمسة (أشياء) الأول: (إقامة البينة) على زنا المقذوف، وتقدم أنها أربعة، وأنها تكون مفصلة، فلو شهد به دون أربعة حدوا كما فعله عمر رضي الله تعالى عنه.

والثاني: ما أشار إليه بقوله: (أو عفو المقذوف) عن القاذف عن جميع الحد. فلو عفا عن بعضه لم يسقط منه شيء. كما ذكره الرافعي في الشفعة. والحق في الروضة التعزير بالحد فقال: إنه يسقط بعفوه أيضاً. ولو عفا وارث المقذوف على مال سقط ولم يجب المال. كما في فتاوى الحناطي ولو قذفه فعفى عنه ثم قذفه لم يحد كما بحثه الزركشي. بل يعزره.

والثالث ـ ما أشار إليه بقوله: (أو اللعان) أن لعان الزوج القاذف (في حق الزوجة) المقذوفة. ولو مع قدرته على إقامة البينة. كما تقدم توجيهه في اللعان.

---

(١) ضعيف أخرجه ابن ماجة (٤٢٥٠) والبيهقي ١٠/ ١٥٤ وأبو نعيم في الحلية ٤/ ٢١٠.

فَصْــلٌ

والرابع: إقرار المقذوف بالزنا.

والخامس: ما لو ورث القاذف الحد.

تتمة - يرث الحد جميع الورثة الخاصين، حتى الزوجين. ثم من بعدهم السلطان. كالمال والقصاص. ولو قذف بعد موته: هل للزوجين حق أو لا؟ وجهان، أوجههما المنع. لانقطاع الوصلة حال القذف. ولو عفا بعض الورثة عن حقه مما ورثه من الحد فللباقين منهم استيفاء جميعه لأنه عار والعار يلزم الواحد. كما يلزم الجميع. وفرق بينه وبين القود فإنه إذا عفا بعض الورثة عنه سقط بأن له بدلاً يعدل إليه. وهو الدية، بخلاف هذا. هذا إذا كان المقذوف حراً. فلو كان رقيقاً واستحق التعزير على غير سيده ثم مات، فهل يستوفيه سيده، أو عصبته الأحرار، أو السلطان؟ وجوه، أصحها أولها، وللقاذف تحليف المقذوف على عدم زناه، ولو مع قدرته على البينة عند الأكثرين، فإن حلف حد القاذف، وإلا سقط عنه.

فَصْــلٌ فِي حَدِّ شَارِبِ السَّكَرِ[1]، مِنْ خَمْرٍ وَغَيْرِهِ

وشربه من كبائر المحرمات.

والأصل في تحريمه قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ﴾ [المائدة: ٩٠] الآية. وانعقد الإجماع على تحريم الخمر، وكان المسلمون يشربونها في صدر الإسلام واختلف أصحابنا في أن ذلك كان استصحاباً منهم لحكم الجاهلية أو يشرع في إباحتها. على وجهين الماوردي الأول، والنووي الثاني، وكان تحريمها في السنة الثانية[2] من

(١) ذكره عقب ما تقدم من القذف لأنه من الكبائر ومن الكليات الخمس أي الأمور العامة التي لا تختص بواحد دون آخر.

(٢) صوابه في السنة الثالثة لأن واقعة أحد كانت سابع شوّال سنة ثلاث من الهجرة كما في تفسير الجلال في قوله تعالى ﴿وإذ غدوت من أهلك﴾ الآية ويمكن الجمع بين الكلامين وإن كان بعيداً بأن نزول آيتها كان في السنة الثانية وتحريمها كان في السنة الثالثة أي ثم أبيحت ثم حرمت فتكرر فيها النسخ لأنها أبيحت ثم حرمت إلى الأبد وعبارة الحلبي في السيرة قيل وفي هذه السنة التي هي سنة ست حرّمت الخمر وبه جزم الحافظ الدمياطي وقيل حرمت سنة أربع ويدل له ما تقدم

. . . .

الهجرة بعد أُحد وقيل: بل كان المباح الشرب، لا ما ينتهي إلى السكر المزيل للعقل فإنه حرام في كل ملة، حكاه الشيري في تفسيره عن القفال الشاشي؛ قاله النووي في شرح مسلم، وهو باطل، لا أصل له.

والخمر: المسكر من عصير العنب، واختلف أصحابنا في وقوع اسم الخمر على الأنبذة هل هو حقيقة؟ فال المزني وجماعة: نعم لأن الاشتراك في الصفة يقتضي

= من إراقة الخمر وكسر جرارها في بني قريظة وقيل في السنة الثالثة وقيل إنما حرمت فى عام الفتح قبل الفتح قال بعضهم حرمت ثلاث مرات أي نزل تحريمها ثلاث مرات كان المسلمون يشربونهاحلالاً أي لغيره ﷺ أما هو فحرمت عليه قبل البعثة بعشرين سنة فلم تبح له قط وقد جاء «أول ما نهانيعنه ربي بعد عبادة الأصنام» أي بعد النهي عن عبادتها «شرب الخمر» وتقدم أن جماعة حرموها على أنفسهم وامتنعوا من شربها ولا زالت حلالاً للناس حتى نزل قوله تعالى ﴿يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس﴾ فعند ذلك اجتنبها قوم لوجود الإثم وتعاطاها آخرون لوجود النفع أي وكانوا ربما شربوها وصلوا فلما نزل قوله تعالى ﴿لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى﴾ امتنع من كان يشربها حتى في غير أوقات الصلاة ورجع قوم منهم عن شربها حتى في غير أوقات الصلاة وقالوا لا خير في شيء يحول بيننا وبين الصلاة. وسبب نزول هذه الآية ما جاء عن عليّ رضي الله تعالى عنه قال صنع لنا عبد الرحمٰن بن عوف طعاماً وشراباً من الخمر فأكلنا وشربنا فأخذت الخمرة منا أي عقولنا وحضرت الصلاة أي الجهرية وقدموني فقرأت «يا أيها الكافرون أعبد ما تعبدون ونحن عابدون ما تعبدون إلى أن قلت وليس لي دين» ثم نزلت الآية الأخرى الدالة على تحريمها وهي ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون إلى قوله فهل أنتم منتهون﴾ ولعل هذه الآية الأخير هي التي عناها أنس بقوله كما في البخاري «كنت ساقي الخمر بمنزل أبي طلحة وهو زوج أمه فنزل تحريم الخمر فمر مناد ينادي فقال أبو طلحة اخرج فانظر ما هذا الصوت قال فخرجت فقلت هذا مناد ينادي ألا إن الخمر قد حرمت فقال لي اذهب فأهرقها فقال بعض القوم قتل قوم في أحد وهي في تعالى: ﴿ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا﴾ أي لأن ذلك كان قبل تحريمها مطلقاً اهـ وقوله بعد الأوثان أي الأصنام لا يقتضي ذلك أنه عبدها حاشاه من ذلك إذ الأنبياء معصومون فقد روى أبو نعيم عن علي «قيل للنبيّ ﷺ هل عبدت وثناً قط؟ قال لا، قيل هل شربت خمراً قط؟ قال لا وما زلت أعرف أن الذي هم عليه كفر وما أدري ما الكتاب ولا الإيمان.

وَمَنْ شَرِبَ خَمْراً أَوْ شَرَاباً مُسْكِراً يُحَدُّ أَرْبَعِينَ.

الاشتراك في الاسم، وهو قياس في اللغة[١] وهو جائز عند الأكثرين، وهو ظاهر الأحاديث. ونسب الرافعي إلى الأكثر أنه لا يقع عليها إلا مجازاً، أما في التحريم[٢] والحد فكالخمر. كما يؤخذ من قول المصنف.

شُرُوطُ الحَدِّ فِي شُرْبِ الْخَمْرِ

(ومن شرب) أي من المكلفين الملتزم للأحكام. مختاراً. لغير ضرورة، عالماً بالتحريم (خمراً) وهو المتخذ من عصير العنب كما مر (أو) شرب (شراباً مسكراً) غير الخمر. كالأنبذة المتخذة من تمر، أو رطب أو زبيب أو شعير أو ذرة أو نحو ذلك (يُحَدُّ)الحر (أربعين) جلدة[٣]. لما في مسلم عن أنس رضي الله تعالى عنه «كَانَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَضْرِبُ فِي الْخَمْرِ بِالْجَرِيدِ وَالنِّعَالِ أَرْبَعِينَ»[٤] ويحد الرقيق ولو مبعضاً عشرين. لأنه حد يتبعض فينصف على الرقيق ـ كحد الزنا.

تنبيه ـ لو تعدد الشرب كفى ما ذكر، وحديث الأمر بقتل الشارب في الرابعة منسوخ بالإجماع[٥].

---

(١) أي وقوع اسم الخمر على الأنبذة حقيقة قياس في اللغة وقوله وهو جائز أي القياس في اللغة وقوله وهو ظاهر الأحاديث راجع لقوله وقوع اسم الخمر على الأنبذة أي إطلاقه لا للقياس في اللغة.

(٢) مقابل قوله وقوع اسم الخمر على الأنبذة الخ يعني أن الخلاف في أن إطلاق اسم الخمر على المتخذ من غير العنب هل هو حقيقة أو مجاز إنما ذلك بالنسبة إلى اللفظ أما بالنسبة للحكم فلا خلاف فيه ويترتب على الخلاف المذكور القياس وعدمه. فإن قلنا إنه اسم للمتخذ من العنب حقيقة احتيج إلى قياس غيره عليه وإن قلنا إنه حقيقة لم يحتج للقياس بل يكون الجميع ثابتاً بالنص وهو وقوله «كل مسكر خمر» الخ قال الشيخ عميرة كيف القياس مع حديث الصحيحين «كل شراب أسكر فهو حرام» هذا لا يرد إلا لو قال كل شراب أسكر فهو خمر.

(٣) ذهب الأئمة الثلاثة إلى أنها ثمانون ولا يجوز للضارب أن يرفع يده فوق رأسه أي الضارب مثلاً لما فيه من زيادة الإيلام ويحدّ الذكر قائماً والأنثى جالسة ولا ينزع ثيابها إلا نحو جبة محشوّة اهـ.

(٤) أخرجه مسلم ٣/ ١٣٣١ (٣٧/ ١٧٠٦).

(٥) كما نسخ قتل السارق في المرة الخامسة وعبارة المناوي على الخصائص وحديث الأمر بقتل =

. . . .

[القَوْلُ فِي ضَابِطِ مَعْنَى الْخَمْرِ]

تنبيه ـ كل شراب أسكر كثيره حرم هو وقليله وحد شاربه. لما في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها، أنه ﷺ قال: «كل شراب أسكر فهو حرام» وروى مسلم خبر «كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ[١]، وَكُلُّ خَمْرٍ حَرَامٌ» وإنما حرم القليل وحد شاربه وإن كان لا يسكر حسماً لمادة الفساد، كما حرم تقبيل الأجنبية والخلوة بها لإفضائه إلى الوطء المحرم. والحديث رواه الحاكم: «مَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فَٱجْلِدُوهُ»[٢] وقيس به شرب النبيذ.

وخرج بالشرب الحقنة به. بأن أدخله في دبره. والسعوط بأن أدخله أنفه. فلا حد بذلك. لأن الحد للزجر. ولا حاجة إليه هنا. وبالشراب المفهوم[٣] من شرب

= الشارب في الرابعة منسوخ إما بحديث «لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى أمور ثلاث» وإما بأن الإجماع دل على نسخه قال الحافظ قلت بل دليل النسخ منصوص وهو ما أخرجه أبو داود والشافعي من طريق الزهري عن قبيصة قال قال رسول الله ﷺ «من شرب الخمر فاجلدوه إلى أن قال فإذا شرب في الرابعة فاقتلوه قال فأتي برجل قد شرب فجلده ثم أتي به في الرابعة قد شرب فجلده فرفع القتل عن الناس فكانت رخصة» قال الحافظ وقد استقر الإجماع على أن لا قتل فيه. وروى النسائي وغيره عن جابر «فإن عاد الرابعة فاضربوا عنقه فأتي رسول الله ﷺ برجل قد شرب أربع مرات فلم يقتله فرأى المسلمون أن الحدّ قد وقع وأن القتل قد رفع» قال النسائي هذا مما لا اختلاف فيه بين أهل العلم. وقال أحاديث القتل منسوخة وقال البخاري إنما كان هذا يعني القتل في أوّل الأمر ثم نسخ بعد. وقال ابن المنذر كان العمل فيمن شرب الخمر أن يغرّب وينكل به ثم نسخ بجلده فإن تكرر منه ذلك أربعاً قتل ثم نسخ ذلك بالأخبار الثابتة وبالإجماع إلا من شذ ممن لا يعدّ خلافه خلافاً وأشار به إلى بعض أهل الظاهر وهو ابن حزم.

(١) هذا من الشكل الأول فالنبيذ يقال له خمر لغة بأن يقاس عليه في التسمية فيقال المتخذ من ماء الزبيب على المتخذ من ماء العنب في التسمية بالخمر فيكون دليلاً صريحاً في تحريم النبيذ فكيف صح أن يقيس الشارح شرب النبيذ على شرب الخمر في الحرمة ويمكن أن يقال ما حدّ به النبيّ ﷺ هو الخمر الحقيقي وكذا ما أمر بالجلد على شربه لأنه هو المتعارف عندهم فصح حينئذ القياس.

(٢) أخرجه الترمذي معلقاً ٤/ ٤٩ عقب حديث (١٤٤٤) والحاكم ٤/ ٣٧٣.

(٣) فيه أنه منطوق به في قوله أو شرب شراباً مسكراً فلا حاجة لكونه مفهوماً من شرب إلا أن يكون =

. . . .

النبات قال الدميري: كالحشيشة التي يأكلها الحرافيش[١] ونقل الشيخان في باب الأطعمة عن الروياني أن أكلها حرام ولا حد فيها وبالمكلف الصبي والمجنون لرفع القلم عنهما. وبالملتزم الحربي لعدم التزامه والذمي لأنه لا يلزم بالذمة ما لا يعتقده. وبالمختار المصبوب في حلقه قهراً والمُكْرَه على شربه، لحديث: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ. وَمَا ٱسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ» وبغير ضرورة ما لو غص[٢]: أي شرق بلقمة. ولم يجد غير الخمر فأساغها بها فلا حد عليه لوجوب شربها عليه إنقاذاً للنفس من الهلاك. والسلامة بذلك قطعية. بخلاف الدواء، هو رخصة واجبة. فلو وجد غيرها ولو بولاً حرم إساغتها بالخمر ووجب حده[٣] وبعالماً: بالتحريم من جهل كونها خمراً فشربها ظاناً كونها شراباً لا يسكر. لم يحد للعذر ولا يلزمه قضاء الصلوات الفائتة مدة السكر كالمغمى عليه.

ولو قال السكران بعد الاصحاء «كنت مكرهاً» أو لم أعلم أن الذي شربته مسكر

= مراده ما في الحديث وهو بعيد أو أنه إنما أخذه من شرب ليكون عاماً في الخمر وغيره بخلاف شراباً الذي في المتن فإنه في غير الخمر فلا يؤخذ من حكم الخمر إذا كان غير مائع وهو توجيه حسن.

(١) في القاموس الحرافيش حمع حرنفش كغضنفر وهو الجافي الغليظ وهذا التقييد غير مراد بل المراد بهم أراذل الناس وسقطهم، وأنشد الأستاذ الشعراني في العهود لبعض الأولياء:

نحن الحرافيش لا نسكن علالي الدور ... ولا نـرائـي ولا نشهـد شهـادة زور
نقنـع بخـرقـة ولقمـة فـي مسيـد مهجـور ... مـن كـان ذا الحـال حـالـه فذنبه مغفـور

(٢) بفتح الغين المعجمة ويجوز ضمها والصاد المهملة الثقيلة بمعنى شرق أي وخشي هلاكه منها إن لم تنزل جوفه ولم يتمكن من إخراجها وهذه الرخصة واجبة. وظاهر أن خصوص الهلاك شرط للوجوب لا لمجرد الإباحة.

(٣) مرجوح والمعتمد لا حدّ للشبهة لا كذا يقال في الدواء إنه إن لم يجد غيرها لا حرمة ولا حدّ وإن وجد غيرها حرمت ولا حدّ. والكلام في شربها صرفة وإلا فيجوز التداوي بما هي فيه كصرف غيرها من النجاسات ق ل وانظر هل قوله إن لم يجد غيرها لا حرمة ولا حدّ مناف لما سيأتي من إطلاق حرمة تناولها للتداوي.

. . . .

صدق بيمينه. قاله في البحر في كتاب الطلاق.

ولو قرب إسلامه. فقال: «جهلت تحريمها» لم يحد. لأنه قد يخفى عليه ذلك والحد يدرأ بالشبهات. ولا فرق في ذلك بين من نشأ في بلاد الإسلام أو لا.

ولو قال «علمت تحريمها. ولكن جهلت الحد بشربها» حد لأن من حقه إذا علم التحريم أن يمتنع.

ويحد بدردي مسكر ولا يحد بشربه فيما استهلك فيه ولا يخبز عجن دقيقه به لأن عين المسكر أكلته النار وبقي الخبز متنجساً. ولا معجون هو فيه لاستهلاكه ولا بأكل لحم طبخ به، بخلاف مرقه إذا شربه، أو غمس فيه أو ثرد به فإنه يحد لبقاء عينه.

[القَوْلُ فِي حُرْمَةِ التَّدَاوِي بِالْخَمْرِ]

ويحرم تناول الخمر لدواء أو عطش: أما تحريم الدواء بها فلأنه ﷺ لما سئل عن التداوي بها قال: «إِنَّهُ لَيْسَ بِدَوَاءٍ وَلَكِنَّهُ دَاءٌ»[1] والمعنى: أن الله سبحانه وتعالى سلب الخمر منافعها حينما حرمها، وما دل عليه القرآن من حيث إن فيها منافع للناس: إنما هو قبل تحريمها وإن سلم بقاء المنفعة فتحريمها مقطوع به وحصول الشفاء بها مظنون فلا يقوى على إزالة المقطوع به.

وأما تحريمها للعطش فلأنه لا يزيله بل يزيده لأن طبعها حار يابس كما قاله أهل الطب، وشربها لدفع الجوع كشربها لدفع العطش.

هذا إذا تداوى بصرفها أما الترياق المعجون بها ونحوه مما تستهلك فيه فيجوز التداوي به عند فقد ما يقوم مقامه مما يحصل به التداوي من الطاهرات كالتداوي بنجس كلحم حية وبول ـ ولو كان التداوي بذلك لتعجيل شفاء بشرط إخبار طبيب مسلم عدل عن ذلك أو معرفته للتداوي به.

والند ـ بالفتح ـ المعجون بخمر لا يجوز بيعه لنجاسته.

---

(١) أخرجه مسلم ٣/ ١٥٧٣ (١٢/ ١٩٨٤).

وَيَجُوزُ أَنْ يَبْلُغَ بِهِ ثَمانِينَ عَلَى وَجْهِ التَّعْزِيرِ

ويجوز تناول ما يزيل العقل من غير الأشربة لقطع عضو متآكل، أما الأشربة فلا يجوز تعاطيها لذلك.

وأصل الجلد: أن يكون بسوط، أو يد أو نعال أو أطراف ثياب لما روى الشيخان، أنه ﷺ «كَانَ يَضْرِبُ بِالجَرِيدِ وَالنِّعَالِ» وفي البخاري عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ قال: أُتِيَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِسَكْرَانَ: فَأَمَرَ بِضَرْبِهِ: فَمِنَّا مَنْ ضَرَبَهُ بِيَدِهِ وَمِنَّا مَنْ ضَرَبَهُ بِنَعْلِهِ وَمِنَّا مَنْ ضَرَبَهُ بِثَوْبِهِ.

[القَوْلُ فِي جَوَازِ الزِّيَادَةِ عَنْ أَرْبَعِينَ]

(ويجوز) للإمام (أن يبلغ به) أي الشارب الحد (ثمانين) على الأصح المنصوص، لما روي عن عليّ رضي الله تعالى عنه أنه قال: جَلَدَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَرْبَعِينَ وَجَلَدَ أَبُو بَكْرٍ أَرْبَعِينَ وَعُمَرُ ثَمَانِينَ وَكُلٌّ سُنَّةٌ[1]. وهذا أحب إليّ لأنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى وحد الافتراء ثمانون والزيادة على الأربعين في الحر وعلى العشرين في غيره (على وجه التعزير) لأنها لو كانت حداً لما جاز تركها وقيل: حد لأن التعزير لا يكون إلا عن جناية محققة.

واعترض الأول بأن وضع التعزير النقص عن الحد. فكيف يساويه؟ وأجيب بأنه لجنايات تولدت من الشارب ولهذا استحسن تعبير المنهاج بتعزيرات على تعبير المحرر بتعزير.

قال الرافعي: وليس هذا الجواب شافياً. فإن الجنايات لم تتحقق حتى يعزر والجنايات التي تتولد من الخمر لا تنحصر فلتجز الزيادة على الثمانين وقد منعوها.

قال: وفي قصة قضية تبليغ الصحابة الضرب ثمانين ألفاظ مشعرة بأن الكل حد وعليه فحد الشارب مخصوص من بين سائر الحدود. بأن يتحتم بعضه ويتعلق بعضه

(١) أخرجه البخاري ١٢/ ٦٣ (٦٧٧٣) ومسلم ٣/ ١٣٣١ (١٧٠٦/٣٦).

وَيَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ: بِالْبَيِّنَةِ، أَوِ الإِقْرَارِ، وَلاَ يُحَدُّ بِالْقَيْءِ وَالِاسْتِنْكَاهِ.

باجتهاد الإمام. انتهى والمعتمد أنها تعزيرات وإنما لم تجز الزيادة اقتصاراً على ما ورد.

بِمَ يَجِبُ حَدُّ الْخَمْرِ؟

(ويجب عليه) أي الشارب المقيد بما تقدم (الحد بأحد أمرين): إما (بالبينة) وهي شهادة رجلين أنه شرب خمراً أو شرب مما شرب منه غيره فسكر منه (أو الإقرار) بما ذكر لأن كلاًّ من البينة والإقرار حجة شرعية فلا يحد بشهادة رجل وامرأتين لأن البينة ناقصة والأصل براءة الذمة ولا باليمين المردودة[1] لما يأتي في السرقة (ولا يحد بالقيء والاستنكاه) ولا بريح خمر وسكر وقيء، لاحتمال أن يكون شرب غالطاً أو مكرهاً والحد يدرأ بالشبهات ولا يستوفيه القاضي بعلمه عن الصحيح بناء على أنه لا يقضي بعلمه في حدود الله تعالى نعم سيد العبد يستوفيه بعلمه لإصلاح ملكه ولا يشترط في الإقرار والشهادة تفصيل بل يكفي الإطلاق في إقرار من شخص بأنه شرب خمراً وفي شهادة بشرب مسكر: شرب فلان خمراً ولا يحتاج أن يقول «وهو مختار عالم» لأن الأصل عدم الإكراه والغالب في حال الشارب علمه بما يشربه فنزل الإقرار والشهادة عليه، ويقبل رجوعه عن الإقرار لأن كل ما ليس من حق آدمي يقبل الرجوع فيه.

[القَوْلُ فِي وَقْتِ حَدِّ السَّكْرَانِ]

تتمة - لا يحد حال سكره لأن المقصود منه الردع والزجر والتنكيل وذلك لا يحصل مع السكر بل يؤخر وجوباً إلى إفاقته ليرتدع فإن حد قبلها ففي الاعتداد به

---

(١) لأن اليمين المردودة وإن كانت كالإقرار إلا أن استمراره على الإنكار بمنزلة رجوعه ورجوعه مقبول وهو حسن اهـ طبلاوي وعبارة ع ش على م ر قوله وحدّ بإقراره أي الحقيقي زي احترز به عن اليمين المردودة ولعل صورتها أن يرمي غيره بشرب الخمر فيدعي عليه بأنه رماه بذلك ويريد تعزيره فيطلب السابّ اليمين ممن نسب إليه شربها فيمتنع ويردها عليه فيسقط عنه التعزير ولا يجب الحدّ على الرادّ لليمين المردودة.

. . . .

وجهان أصحهما ـ كما قاله البلقيني ـ الاعتداد به وسوط الحدود[(١)] أو التعازير بين قضيب ـ وهو الغصن ـ وعصا غير معتدلة وبين رطب ويابس بأن يكون معتدل الجرم والرطوبة للاتباع ولم يصرحوا بوجوب هذا ولا بندبه وقضية كلامهم الوجوب كما قاله الزركشي.

ويفرق الضرب على الأعضاء فلا يجمعه في موضع واحد لأنه قد يؤدي إلى الهلاك ويجتنب المقاتل[(٢)] وهي مواضع يسرع القتل إليها بالضرب كقلب وثغرة نحر[(٣)] وفرج ويجتنب الوجه أيضاً فلا يضربه لخبر مسلم «إِذَا ضَرَبَ أَحَدُكُمْ فَلْيَتَّقِ الْوَجْهَ» ولأنه مجمع المحاسن فيعظم أثر شينه بخلاف الرأس فإنها مغطاة[(٤)] غالباً فلا يخاف تشويه بالضرب بخلاف الوجه وروى ابن أبي شيبة عن أبي بكر رضي الله تعالى عنه. أنه قال للجلاد: اضْرِبِ الرَّأْسَ فَإِنَّ الشَّيْطَانَ فِي الرَّأْسِ.

---

(١) هذا عام في جميع الحدود ويحدّ الرجل قائماً والمرأة جالسة ويجعل عند المرأة محرم أو امرأة تلف عليها ثيابها إذا انكشفت ويجعل عند الخنثى محرم لا رجل أجنبي ولا امرأة أجنبية وظاهر كلامهم أنه يفعل به ذلك وإن لم يرض المحدود ولا يخفى ما فيه من زيادة الفضيحة مع مخالفة المأثور كما قاله ح ل ويحدّ ذو الهيئة في محل خال واستحسن الماوردي ما أحدثه أهل العراق من جلد المرأة في نحو غرارة لأنه أستر لها ولا يتولى الجلد إلا الرجال ولو من أنثى وخنثى لأن الجلد ليس من شأن النساء أي وجوباً فيه وفيما بعده فإن خالف حرم ومع ذلك لو مات المحدود لا ضمان لأنه تولد من مأمور به في الجملة وليس مشروطاً بسلامة العاقبة بخلاف المعزر فإن التالف بالتعزير مضمون ومحل عدم الضمان بالحدّ إذا لم يزد عليه فإن زاد وتلف به وبما زاد ضمن بالقسط.

(٢) أي وجوباً فيحرم ضربه عليها فإن ضربه على مقتل فمات ففي ضمانه وجهان كالوجهين فيما لو جلده في حرّ أو برد مفرطين قاله الدميري ومقتضاه نفي الضمان.

(٣) بضم المثلثة وهي النقرة التي في وسطه والجمع ثغر مثل غرفة وغرف فالثغر بالمثلثة كالنقرة بالنون لفظاً ومعنى وجمعاً.

(٤) كذا في خط المؤلف والأولى فإنه مغطى إذ الرأس مذكر لكن رأيت لبعضهم أن الرأس تؤنث.

فَصْــلٌ

ولا تشد(١) يد المجلود ولا تجرد ثيابه الخفيفة التي لا تمنع أثر الضرب. أما ما يمنع كالجبة المحشوة فتنزع عنه مراعاة لمقصود الحد. ويوالى الضرب عليه بحيث يحصل زجر وتنكيل. فلا يجوز أن يفرق على الأيام والساعات. لعدم الإيلام المقصود في الحدود. ولم يضبط التفريق الجائز وغيره. قال الإمام إن لم يحصل في كل دفعة ألم له وقع. كسوط أو سوطين في كل يوم. فهذا ليس بحد. وإن آلم وأثر بماله وقع. فإن لم يتخلل زمن يزول فيه الألم الأول كفى، وإن تخلل لم يكف على الأصح.

وتكره إقامة الحدود والتعازير في المسجد. كما صرح به الشيخان في أدب القضاء.

فَصْــلٌ فِي حَدِّ السَّرِقَةِ

الواجب بالنص والإجماع.

وهي لغة: أخذ المال خفية. وشرعاً: أخذه خفية ظلماً من حرز مثله، بشروط تأتي.

ولما نظم أبو العلاء المعري البيت الذي شكك به على أهل الشريعة (في) الفرق بين الدية والقطع في السرقة. وهو:

يَــدٌ بِخَمْــسِ مِئِيــنَ عَسْجَــدٍ وُدِيَــتْ مَــا بَــالُهَــا قُطِعَــتْ فِــي رُبْــعِ دِينَــارِ

أجابه القاضي عبدالوهاب المالكي بقوله:

وِقَــايَــةُ النَّفْــسِ أَغْــلاَهَــا، وأَرْخَصُهَــا وِقَــايَــةُ الْمَــالِ، فَــافْهَــمْ حِكْمَــةَ الْبَــارِي

وقال ابن الجوزي لما سئل عن هذا: لما كانت أمينة كانت ثمينة فلما خانت هانت.

وأركان القطع ثلاثة: مسروق: وسرقة. وسارق.

---

(١) ظاهر كلامهم حرمة ذلك أي إن تأذى بذلك وإلا كره.

وَتُقْطَعُ يَدُ السَّارِقِ بِسِتِّ شَرَائِطَ: أَنْ يَكُونَ بَالِغاً، عَاقِلاً، وَأَنْ يَسْرِقَ نِصَاباً قِيمَتُهُ رُبْعُ دِينَارٍ

والمصنف اقتصر على السارق والمسروق. فقال: (وتقطع يد السارق) والسارقة ولو ذميين أو رقيقين (بست) بل بعشر (شرائط) كما ستعرفه، ومراده بالشرط هنا ما لا بد منه الشامل للركن وغيره. لأنه ذكر من جملتها المسروق وهو أحد الأركان كما مر:

الأول ـ (أن يكون) السارق (بالغاً) فلا تقطع يد صبي لعدم تكليفه.

(و) **الثاني** ـ أن يكون (عاقلاً) فلا تقطع يد مجنون، لما ذكر.

(و) **الثالث** ـ وهو المشار إليه بأنه من الأركان (أن يسرق نصاباً) وهو ربع دينار فأكثر ولو كان الربع لجماعة اتحد حرزهم لخبر مسلم: «لاَ تُقْطَعُ يَدُ سَارِقٍ إِلاَّ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِداً»[1] وأن يكون خالصاً لأن الربع المغشوش ليس ربع دينار حقيقة. فإن كان في المغشوش بربع خالص وجب القطع، ومثل ربع الدينار ما قيمته ربع دينار، لأن الأصل في التقويم هو الذهب الخالص حتى لو سرق دراهم أو غيرها قومت به. وتعتبر (قيمته ربع دينار) وقت الإخراج من الحرز. فلو نقصت قيمته بعد ذلك لم يسقط القطع. وعلى أن التقويم يعتبر بالمضروب لو سرق ربع دينار مسبوكاً أو حلياً، أو نحوه كقراضة لا يساوي ربعاً مضروباً فلا قطع به. وإن ساواه غير مضروب. لأن المذكور في الخبر لفظ الدينار وهو اسم للمضروب ولا قطع بخاتم وزنه دون ربع وقيمته بالصنعة ربع دينار نظراً إلى الوزن الذي لا بد منه في الذهب ولا بما نقص قبل إخراجه من الحرز عن نصاب بأكل أو غيره كإحراق لانتفاء كون المخرج نصاباً، ولا بما دون نصابين اشترك اثنان في إخراجه لأن كلاًّ منهما لم يسرق نصاباً، ويقطع بثوب رث في جيبه تمام نصاب وإن جهله السارق لأنه أخرج نصاباً من حرز بقصد السرقة. والجهل بجنسه لا يؤثر كالجهل بصفته. وبنصاب ظنه فلوساً لا تساويه لذلك. ولا أثر لظنه.

---

(١) أخرجه البخاري ١٢/ ٩٦ (٦٧٨٩) ومسلم ٣/ ١٣١٢ (٢/ ١٦٨٤).

مِنْ حِرْزِ مِثْلِهِ،

والرابع ـ أن يأخذه (من حرز مثله) فلا قطع بسرقة ما ليس محرزاً لخبر أبي داود «لَا قَطْعَ فِي شَيْءٍ مِنَ الْمَاشِيَةِ إِلَّا فِيمَا آوَاهُ[١] الْمراح»[٢] ولأن الجناية تعظم بمخاطرة أخذه من الحرز. فحكم بالقطع زجراً. بخلاف ما إذا جرأه المالك ومكنه بتضييعه. والإحراز يكون بلحاظ[٣] له بكسر اللام ـ دائم أو حصانة موضعه مع لحاظ له. والمحكم في الحرز العرف فإنه لم يجد في الشرع ولا اللغة، فرجع فيه إلى العرف كالقبض والإحياء ولا شك أنه يختلف باختلاف الأموال والأحوال والأوقات فقد يكون الشيء حرزاً في وقت دون وقت بحسب صلاح أحوال الناس وفسادها وقوة السلطان وضعفه، وضبطه الغزالي بما لا يعد صاحبه مضيعاً له. فعرصة دار[٤] وصفتها حرز خسيس آنية وثياب، أما نفيسها فحرزه بيوت الدور. والحانات والأسواق ـ المنيعة، ومخزن حرز حلي ونقد ونحوهما. ونوم بنحو صحراء كمسجد وشارع على متاع ولو توسده حرز له. ومحله في توسده فيما بعد التوسد حرر له. وإلا كأن توسد كيساً فيه نقد أو جوهر فلا يكون حرزاً كما ذكره الماوردي. ويقطع بنصاب انصب من وعاء بنقبه له. وإن انصب شيئاً فشيئاً. لأنه سرق نصاباً من حرزه. وبنصاب أخرجه دفعتين بأن تم في الثانية لذلك. فإن تخلل بينهما علم المالك وإعادة للحرز فالثانية سرقة أخرى فلا قطع فيها إن كان المخرج فيها دون نصاب.

---

(١) مالك في الموطأ مرسلاً ٢/ ٨٣١.

(٢) بمد الهمزة من أواه أو قصرها والمراح مأوى الماشية ليلاً.

(٣) أي ملاحظ يلاحظه أي بملاحظته والنظر إليه واللحاظ بكسر اللام وهو المراعاة مصدر لاحظه والمراد به الملاحظ من إطلاق المصدر على اسم الفاعل أما بفتحها فهو مؤخر العين من جانب الأذن بخلاف الذي من جانب الأنف فيسمى الموق. ولا يقدح في دوام اللحاظ الفترات العارضة عادة فإذا أخذه السارق حينئذ قطع فلو وقع اختلاف في ذلك هل كان ثم ملاحظة من المالك أو لا فينبغي تصديق السارق لأن الأصل عدم وجوب القطع.

(٤) العرصة الصحن والصفة المصطبة وهذا بالنسبة لغير السكان وهذا كلام مستأنف والغرض منه بيان تفاوت أجزاء الدار في الحرزية بالنسبة لأنواع المحرز مع قطع النظر عن اعتبار الملاحظة مع الحصانة في الحرزية وعدم اعتبارها.

لاَ مِلْكَ لَهُ فِيهِ وَلاَ شُبْهَةَ فِي مَالِ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ،

والخامس كون السارق (**لا ملك له فيه**) أي المسروق. فلا قطع: بسرقة ماله الذي بيد غيره وإن كان مرهوناً أو مؤجراً. ولو سرق ما اشتراه من يد غيره ولو قبل تسليم الثمن أو في زمن الخيار أو سرق ما اتهبه قبل قبضه لم يقطع فيهما ولو سرق مع ما اشتراه مالاً آخر بعد تسليم الثمن لم يقطع كما في الروضة. ولو سرق الموصى له بعد قبل موت الصبي أو بعده وقبل القبول قطع في الصورتين: أما في الأولى فلأن القبول لم يقترن بالوصية. وأما في الثانية فبناء على أن الملك فيها لا يحصل بالموت.

فإن قيل: قد مر أنه لا يقطع بالهبة بعد القبول وقبل ا لقبض. فهلا كان هنا كذلك؟ أجيب بأن الموصى له مقصر بعدم القبول مع تمكنه منه بخلافه في الهبة فإنه قد لا يتمكن القبض، وأيضاً القبول وجد ثم. ولم يوجد هنا.

ولو سرق الموصى به فقير بعد موت الموصي والوصية للفقراء لم يقطع كسرقة المال المشترك بخلاف ما لو سرقه الغني.

تنبيه ـلو ملك السارق المسروق أو بعضه بإرث أو غيره كشرائه قبل إخراجه من الحرز. أو نقص في الحرز عن النصاب بأكل بعضه أو غيره كإحراقه لم يقطع. أما في الأولى فلأنه ما أخرج إلا ملكه. وأما في الثانية فلأنه لم يخرج من الحرز نصاباً. ولو ادعى السارق ملك المسروق أو بعضه لم يقطع على النص. لاحتمال صدقه. فصار شبهة دارئة للقطع ويروى عن الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه أنه سماه «السارق الظريف»[1] أي الفقيه، ولو سرق اثنان مثلاً نصابين وادعى المسروق أحدهما أنه له أو لهما فكذبه الآخر لم يقطع المدعي لما مر. وقطع الآخر في الأصح. لأنه أقر بسرقة نصاب لا شبهة له فيه. وإن سرق من حرز شريكه مالاً مشتركاً بينهما فلا قطع به. وإن قل نصيبه. لأن له في كل جزء حقاً شائعاً. وذلك شبهة. فأشبه وطء الجارية المشتركة.

والسادس: كون السارق (لا شبهة) له (في مال المسروق منه) لحديث «ادْرَؤُوا

(١) روى أصحاب الغريب عن عمر أنه قال إذا كان اللص ظريفاً لم يقطع أي إذا كان بليغاً جيد الكلام يحتج عن نفسه بما يسقط الحدّ عنه. والظرافة في اللسان والبلاغة وفي الوجه الحسن وفي القلب الذكاء.

. . . .

الحُدُودَ عَنِ المُسْلِمِينَ مـا اسْتَطَعْتُمْ»[١] صحح الحاكم إسناده. سواء في ذلك شبهة الملك كمن سَرَقَ مشتركاً بينه وبين غيره كما مر. أو شبهة الفاعل كمن أخذ مالاً على صورة السرقة يظن أنه ملكه أو ملك أصله أو فرعه. أو شبهة المحل كسرقة الابن مال أحد أصوله أو أحد الأصول مـال فرعه وإن سفل لما بينهما من الاتحاد. وإن اختلف دينهما كما بحثه بعض المتأخرين ولأن مال كل منهما مرصد لحاجة الآخر، ومنها أن لا تقطع يده بسرقة ذلك المال. بخلاف سائر الأقارب. سواء أكان السارق منهما حراً أم رقيقاً كما صرح به الزركشي تفقهاً مؤيداً له بما ذكروه من أنه وطيء الرقيق أمة فرعة لم يحد الشبهة، ولا قطع أيضاً بسرقة رقيق مال سيده بالإجماع كما حكاه ابن المنذر ولشبهـة استحقاق النفقة. ويده كيد سيده. والمبعض كالقن. وكذا المكاتب لأنه قد يعجز فيصير كما كان.

لَا يُقْطَعُ العَبْدُ بِمَالٍ لَا يُقْطَعُ بِهِ سَيِّدُهُ

قاعدة ـ من لا يقطع بمال لا يقطع به رقيقه. فكما لا يقطع الأصل بسرقة مال الفرع بالعكس لا يقطع أحدهما بسرقة مال الآخر. لا يقطع السيد بسرقة مال مكاتبه لما مر. لا بمال ملكه المبعض ببعضه الحر كما جزم به الماوردي لأن ملكه بالحرية في الحقيقة لجميع بدنه فصار شُبْهَة.

لَا يُقْطَعُ بِطَعَامٍ سَرَقَهُ زَمَنَ القَحْطِ

فروع ـ [٢] لو سرق طعاماً زمن القحط ولم يقدر عليه لم يقطع. وكذا من أذن له في الدخول إلى دار أو حانوت بشراء أو غيره فسرق. كما رجحه ابن المقري. ويقطع

---

(١) أخرجه الترمذي (١٤٢٤) والحاكم ٤/ ٣٨٤ والبيهقي ٢٣٨/٨ وانظر نصب الراية ٣٠٩/٣.

(٢) هي أربعة: أولها يتفرع على الشرط السادس وهو أن لا يكون للسارق شبهة في المسروق كمال أبيه أو ابنه فذكر من الشبهة ما لو سرق طعاماً زمن قحط وهو لا يقدر على ثمنه فلا يقطع لشبهة وجوب حفظ نفسه عليه. وثانيها يتفرع على الشرط الرابع وهو الأخذ من حرز مثله فذكر أن محله إن لم يؤذن له في دخول الحرز فإن أذن له فلا قطع لكونه صار غير محرز عنه. وثالثها يتفرع على =

. . . .

بسرقة حطب وحشيش ونحوهما كصيد لعموم الأدلة، ولا أثر لكونها مباحة الأصل. ويقطع بسرقة معرض للتلف كهريسة وفواكه وبقول لذلك وبماء وتراب ومصحف، وكتب علم شرعي وما يتعلق به وكتب شعر نافع مباح. لما مر. فإن لم يكن نافعاً مباحاً قوم الورق والجلد: فإن بلغا نصاباً قطع. وإلا فلا.

لَا يُقْطَعُ المُكْرَهُ عَلَى السَّرِقَةِ

والسابع: كونه مختاراً، فلا يقطع المكره بفتح الراء ـ على السرقة ورفع القلم عنه كالصبي والمجنون ولا يقطع المكره بكسرها أيضاً، نعم أو كان المكره[1] ـ بالفتح ـ غير مميز لعجمة أو غيرها قطع المكره له لما مر.

والثامن: كونه ملتزماً للأحكام. فلا يقطع حربي لعدم التزامه. ويقطع مسلم وذمي بمال مسلم ومال ذمي. أما قطع المسلم بمال المسلم فبالإجماع. وأما قطعه بمال الذمي

= عموم أخذ ما يساوي نصاباً من حرز مثله فذكر أنه يشمل الخسيس من حطب وحشيش وإن تيسر أخذ مثلهما بسهولة من أرض مباحة كصحراء. ورابعها مفرع على ما تقدم أيضاً من قوله أن يسرق ما قيمته نصاب وقت الإخراج فذكر أن عموم الأدلة على شمول ذلك لما هو معرّض للتلف كالأطعمة والفواكه ونحوهما.

(١) عبارة البرماوي نعم يقطع إن أكره عجمياً يعتقد الطاعة وكذا لو نقب الحرز ثم أمر صبياً غير مميز أو نحوه بالإخراج منه فأخرج فإنه يقطع الآمر أيضاً فإن أمر مميزاً أو قرداً به فلا قطع لأنه ليس آلة له ولأن للحيوان اختياراً. فإن قلت لو علمه القتل ثم أرسله على إنسان فقتله فإنه يضمن فهلا وجب عليه الحد هنا. قلت أجيب بأن الحدّ إنما يجب بالمباشرة دون السبب بخلاف القتل ثم إن القرد مثال فيقاس عليه كل حيوان معلوم ولو عزّم على عفريت فأخرج نصاباً من حرزه هل يقطع أو لا؟ الظاهر الثاني كما لو أكره بالغاً مميزاً على الإخراج فإنه لا قطع على واحد منهما اهـ ثم رأيت للدميري في حياة الحيوان الكبرى ما نصه لو علم قرده النزول إلى الدار وإخراج المتاع منها ثم نقب وأرسل القرد فأخرج المتاع ينبغي أن لا يقطع لأن للحيوان اختياراً ونقل البغوي أن المرأة لو مكنت من نفسها قرداً فوطئها فعليها ما على واطىء البهيمة فتعزر في الأصح وتحدّ في قول وتقتل في قول.

. . . .

فعلى المشهور. لأنه معصوم بذمته. ولا يقطع مسلم ولا ذمي بمال معاهد ومؤمن كما لا يقطع المعاهد والمؤمن بسرقة مال ذمي أو مسلم. لأنه لم يلتزم الأحكام فأشبه الحربي.

والتاسع: كونه محترماً.. فلو أخرج مسلم أو ذمي خمراً ولو محترمة وخنزيراً وكلباً ولو مقتنى وجلد ميتة بلا دبغ فلا قطع. لأن ما ذكر ليس بمال. أما المدبوغ فيقطع به، حتى لو دبغه السارق في الحرز ثم أخرجه وهو يساوي نصاب سرقة فإنه يقطع به. إذا قلنا بأنه للمغصوب منه إذا دبغه الغاصب وهو الأصح. ومثله ـ كما قال البلقيني ـ إذا صار الخمر خلاً بعد وضع السارق يده عليه وقبل إخراجه من الحرز، فإن بلغ إناء الخمر نصاباً قطع به: لأنه سرق نصاباً من حرز لا شبهة له فيه. كما إذا سرق إناء فيه بول فإنه يقطع باتفاق كما قال الماوردي وغيره. وهذا إذا قصد بإخراجه لذلك السرقة أما إذا قصد تغييرها بدخوله أو بإخراجها فلا قطع. سواء أخرجها في الأولى أو دخل في الثانية بقصد السرقة أم لا كما هو قضية كلام الروض فيهما وكلام أصله في الثانية، ولا قطع في أخذ ما سلطه الشارع على كسره كمزمار وصنم وصليب وطنبور. لأن التوصل إلى إزالة المعصية مندوب إليه، فصار شبهة كإراقة الخمر فإن بلغ مكسوره نصاباً قطع. لأنه سرق نصاباً من حرزه هذا إذا لم يقصد التغيير كما في الروضة فإن قصد بإخراجه تيسر تغيير فلا قطع ولا فرق بين أن تكون لمسلم أو ذمي. ويقطع بسرقة ما لا يحل الانتفاع به من الكتب إذا كان الجلد والقرطاس[1] يبلغ نصاباً. وبسرقة إناء النقد لأن استعماله يباح عند الضرورة. إلا إن أخرجه من الحرز ليشهره بالكسر. ولو كسر إناء الخمر أو الطنبور ونحوه أو إناء النقد في الحرز ثم أخرجه قطع إن بلغ نصاباً كالحكم الصحيح.

والعاشر: كون الملك في النصاب تاماً قوياً، كما قاله في الروضة، فلا يقطع مسلم بسرقة حصر المسجد المعدة للاستعمال. ولا بسائر ما يفرش فيه ولا قناديل

---

(١) أي الورق. وحاصل الفرق بين التقويم المباح والمحرّم أن المباح يقوم بهيئته مكتوباً مع الجلد والمحرم يقوم الورق بفرض كونه أبيض من غير كتابة.

. . . .

تسرج فيه لأن ذلك لمصلحة المسلمين فله حق كمال بيت المال. وخرج بالمعدة حصر الزينة فيقطع بها كما قاله ابن المقري. وبالمسلم الذمي فيقطع لعدم الشبهة. وينبغي أن يكون بلاط المسجد كحصره المعدة للاستعمال. ويقطع المسلم بسرقة باب المسجد وجذعه وتأزيره[1] وسواريه[2] وسقوفه وقناديل زينة فيه لأن الباب للتحصين والجذع ونحوه العمارة ولعدم الشبهة في القناديل ـ ويلحق بهذا ستر الكعبة إن خيط عليها. لأنه حينئذ محرز وينبغي أن يكون ستر المنبر كذلك إن خيط عليه. ولو سرق المسلم من مال بيت المال شيئاً نظر: إن أفرز لطائفة كذوي القربى والمساكين وكان منهم أو أصله أو فرعه فلا قطع. وإن أفرز لطائفة ليس هو منهم ولا أصله ولا فرعه قطع إذ لا شبهة له في ذلك وإن لم يفرز لطائفة فإن كان له حق في المسروق كمال المصالح. سواء أكان فقيراً أو غنياً. وكصدقة وهو فقير، أو غارم لذات البين أو غاز فلا يقطع في المسألتين.

أما في الأولى: فلأن له حقاً وإن كان غنياً كما مر. لأن ذلك قد يصرف في عمارة المساجد والرباطات والقناطر فينتفع به الغني والفقير من المسلمين لأن ذلك مخصوص بهم. بخلاف الذمي يقطع بذلك. ولا نظر إلى إنفاق الإمام عليه عند الحاجة. لأنه إنما ينفق عليه للضرورة وبشرط الضمان. كما ينفق على المضطر بشرط الضمان وانتفاعه بالقناطر والرباطات بالتبعية، من حيث إنه قاطن بدار الإسلام. لاختصاصه بحق فيها.

وأما في الثانية فلاستحقاقه، بخلاف الغني فإنه يقطع لعدم استحقاقه. إلا إذا كان غازياً أو غارماً لذات البين فلا يقطع لما مر. فإن لم يكن له في بيت المال حق قطع لانتفاء الشبهة.

---

(١) هو ما يعمل في أسفل الجدار من خشب ونحوه اهـ شيخنا قال في المصباح أزرت الحائط تأزيراً جعلت له من أسفله كالإزار.

(٢) أي عواميده وقناديل زينة بالإضافة. والحاصل أن كل ما كان لتحصين المسجد وحفظه كأبوابه وسقفه وما كان للزينة يقطع بسرقته وما ينتفع به لا قطع بسرقته ومثل قناديل الزينة ما هي معلقة به من نحو سلسلة.

وَتُقْطعُ يَدُهُ الْيُمْنَى

فرع ـ لو سرق شخص المصحف الموقوف على القراء لم يقطع إذا كان قارئاً لأن له فيه حقاً. وكذا إن كان غير قارىء. لأنه ربما تعلم منه قال الزركشي: أو يدفعه إلى من يقرأ فيه لاستماع الحاضرين. ويقطع بموقفٍ على غيره. لأنه مال محرز، ولو سرق مالاً موقوفاً على الجهات العامة أو على وجوه الخير لم يقطع. وإن كان السارق ذمياً؛ لأنه تبع للمسلمين.

تعْرِيفُ السَّرِقَةِ

تنبيه ـ تقدم أن المصنف رحمه الله تعالى ترك الركن الثالث ـ وهو السرقة ـ وهي أخذ المال خفية كما مر، وحينئذ لا يقطع مختلس. وهو: من يعتمد الهرب من غير غلبة مع معاينة الملك، ولا منتهب وهو: من يأخذ عياناً معتمداً على القوة والغلبة ولا منكر وديعة[1] وعارية، لحديث «لَيْسَ عَلَى المُخْتَلِسِ وَالمُنْتَهِبِ وَالخَائِنِ قَطْعٌ»[2] صححه الترمذي. وفرق من حيث المعنى بينهم وبين السارق بأن السارق يأخذ المال خفية ولا يتأتى منعه فشرع القطع زجراً له وهؤلاء يقصدونه عياناً فيمكن منعهم بالسلطان وغيره. كذا قاله الرافعي وغيره. ولعل هذا حكم على الأغلب، وإلا فالجاحد لا يقصد الأخذ عند جحوده عياناً. فلا يمكن منعه بسلطان ولا بغيره وفروع الباب كثيرة. ومحل ذكرها المبسوطات، وفيما ذكرناه كفاية لقارىء هذا الكتاب.

(وتقطع يده)[3] أي: السارق (اليمنى) قال تعالى: ﴿فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾

(١) خلافاً للإمام أحمد في القطع بالعارية.

(٢) أخرجه أحمد٣/ ٣٨٠ وأبو داود (٤٣٩٣) والدارمي ٢/ ١٧٥ والترمذي ٤/ ٥٢ (١٤٤٨) وقال: حسن صحيح والنسائي ٨/ ٨٨ وابن ماجة ٢/ ٨٦٤ (٢٥٩١).

(٣) لما فرغ من الشروط الموجبة للقطع والشبهة المسقطة له شرع في الحكم المترتب على السرقة وهو القطع فقال وتقطع يده الخ أي بعد طلب المالك المال وثبوت السرقة بشروطها وإلا قطع في الحال لاحتمال أن يعفو عن المال فيسقط القطع أو يقر المالك بأن المال للسارق فيسقط أيضاً وإن كذبه السارق والقاطع الإمام أو السيد إن كان المقطوع عبداً فإن كان حراً فالإمام فقط أو نائبه ولا يجوز الإذن لعدوّ الجاني لئلا يعذبه ولا لكافر في مسلم ويجوز للإمام أن يستوفي من =

مِنْ مِفْصَلِ الْكُوعِ، فَإِنْ سَرَقَ ثَانِياً قُطِعَتْ رِجْلُهُ الْيُسْرَى فَإِنْ سَرَقَ ثَالِثاً قُطِعَتْ يَدُهُ الْيُسْرَى، فَإِنْ سَرَقَ رَابِعاً قُطِعَتْ رِجْلُهُ الْيُمْنَى،

[المائدة: ٣٨] وقرىء شاذاً «فاقطعوا أيمانهما» والقراءة الشاذة كخبر الواحد في الاحتجاج بها ويكتفى بالقطع ولو كانت معيبة كفاقدة الأصابع أو زائدتها لعموم الآيـة، ولأن الغرض التنكيل، بخلاف القود فإنه مبني على المماثلة كما مر أو سرق مراراً قبل قطعها لاتحاد السبب كما لو زنا أو شرب مراراً يكتفى بحد واحد. وكاليد اليمنى في ذلك غيـرها كما هو ظاهر، وانعقد الإجماع على قطعها (من مفصل الكوع) بضم الكاف ـ وهو العظم الذي في مفصل الكف مما يلي الإبهام. وما يلي الخنصر اسمه الكرسوع ـ بضم الكاف ـ والبوع: وهو العظم الذي عند أصل الإبهام من الرجل. ومنه قولهم «الغبي من لا يعرف كوعه من بوعه» أي ما يدري لغباوته ما اسم العظم الذي عند كل إبهام من أصابع يديه من العظم الذي عند كل إبهام من رجليه.

(فإن سرق ثانياً) بعد قطع يمناه (قطعت رجله اليسرى) بعد اندمال يده اليمنى، لئلا يفضي التوالي إلى الهلاك وتقطع من المفصل الذي بين الساق والقدم للاتباع في ذلك.

(فإن سرق ثالثاً) بعد قطع رجله اليسرى (قطعت يده اليسرى) بعد اندمال رجله اليسرى لما مر.

(فإن سرق رابعاً) بعد قطع يده اليسرى (قطعت رجله اليمنى) بعد اندمال يده اليسرى لما مر وإنما قطع من خلاف لما روى الشافعي: أن السارق إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله ثم إن سرق فاقطعوا يده. ثم إن سرق فاقطعوا رجله وحكمته لئلا يفوت جنس المنفعة عليه فتضعف حركته كما في قطع الطريق.

= نفسه في قتل وقطع ولو في سرقة لا في جلد ونحوه لاتهام عدم إيلام نفسه ولا يأثم بقتل نفسه هنا.

فرع: يسن لصاحب المال العفو عن السارق قبل رفع الأمر للحاكم وبعده يمتنع عليه وعلى الحاكم. وفي الدميري أن معاوية عفا عن سارق حين أنشدته أمه:

يميني يا أمير المؤمنين أعيذها ... بعفوك أن تلقى نكالاً يشينها

فلا خير في الدنيا وكانت خبيثة ... إذا ما شمالي فارقتها يمينها

فَإِنْ سَرَقَ بَعْدَ ذَلِكَ عُزِّرَ، وَقِيلَ: يُقْتَلُ: صَبْراً.

لَوْ سَرَقَ بَعْدَ قَطْعِ أَعْضَائِهِ

(فإن سرق بعد ذلك) أي بعد قطع أعضائه الأربعة (عزر) على المشهور لأنه لم يبق في نكاله بعد ما ذكر إلا التعزير كما لو سقطت أطرافه أولا.

(وقيل): لا يزجره حينئذ تعزير بل (يقتل) وهذا ما حكاه الإمام عن القديم لوروده في حديث رواه الأربعة قال في الروضة إنه منسوخ أو مؤول بأنه ﷺ قتله لاستحلاله أو لسبب آخر انتهى والإمام أطلق حكاية هذا القول عن القديم كما تراه وقيده المصنف بكونه (صبراً) قال بعض شارحيه: ولم أره بعد التتبع في كلام واحد من الأئمة الحاكين له بل أطلقه من وقفت على كلامه منهم فلعل ما قيد به المصنف من تصرفه، أو له فيه سلف لم أظفر به، وعلى كلا الأمرين هو منصوب على المصدر.

قال النووي في تهذيبه: الصبر في اللغة: الحبس وقتله صبراً حبسه للقتل انتهى، ويوافقه قول الجوهري في صحاحه: يقال: قتل فلاناً صبراً إذا حبسه على القتل حتى يقتل. انتهى ملخصاً.

[القَوْلُ فِي حُكْمِ الْيَمِينِ الْمَرْدُودَةِ]

تتمة - هل يثبت القطع، في السرقة باليمين المردودة أو لا؟ كأن يدعى على شخص سرقة نصاب فينكل عن اليمين فترد على المدعي فيحلف جرى في المنهاج على أنه يثبت بها، فيجب القطع لأن اليمين المردودة كالإقرار أو البينة، والقطع يجب بكل منهما والذي جزم به في الروضة كأصلها في الباب الثالث في اليمين من الدعاوى، ومشى عليه في الحاوي الصغير هنا أنه لا يقطع بها وهو المعتمد لأن القطع في السرقة حق الله تعالى بل قال الأذرعي إنه المذهب والصواب الذي قطع به جمهور الأصحاب، وهذا الخلاف بالنسبة إلى القطع، وأما المال فيثبت قطعاً.

[القَوْلُ فِيمَا تَثْبُتُ بِهِ السَّرِقَةُ]

ويثبت قطع السرقة بإقرار السارق مؤاخذة له بقوله، ولا يشترط تكرار الإقرار كما في سائر الحقوق، وذلك بشرطين: الأول أن يكون بعد الدعوى عليه فلو أقر قبلها لم

فَصْــلٌ

يثبت القطع في الحال، بل يوقف على حضور المالك وطلبه، والثاني: أن يفصل الإقرار: فيبين السرقة، والمسروق منه وقدر المسروق والحرز بتعيين أو وصف بخلاف ما إذا لم يبين ذلك. لأنه قد يظن غير السرقة الموجبة للقطع سرقة موجبة له، ويقبل رجوعه عن الإقرار بالسرقة بالنسبة إلى القطع ولو في أثنائه لأنه حق الله تعالى، ومن أقر بمقتضى عقوبة الله تعالى كالزنا والسرقة وشرب الخمر كان للقاضي أن يعرض له بالرجوع عما أقر به كأن يقول في الزنا لعلك فاخذت أو لمست، وفي السرقة لعلك أخذت من غير حرز وفي الشرب لعلك لم تعلم أن ما شربته مسكراً لأنه ﷺ قال لمن أقر عنده بالسرقة «مَا أَخَالُكَ سَرَقْتَ» قال: بلى فأعاد عليه مرتين أو ثلاثة فأمر به فقطع وقال لماعز «لَعَلَّكَ قَبَّلْتَ، أَوْ غَمَزْتَ أَوْ نَظَرْتَ» رواه البخاري، ولا يقول له: ارجع عنه لأنه يكون آمراً بالكذب.

وتثبت أيضاً بشهادة رجلين كسائر العقوبات غير الزنا فلو شهد رجل وامرأتان ثبت المال ولا قطع، ويشترط ذكر الشاهد شروط السرقة الموجبة للقطع، كما مر في الإقرار ويجب على السارق رد ما أخذه إن كان باقياً لخبر أبي داود «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيه» فإن تلف ضمنه ببدله جبراً لما فات.

فَصْــلٌ فِي قاطِعَ الطَّرِيقِ

والأصل فيه آية: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ [المائدة: ٣٣] وقطع الطريق هو البروز لأخذ مال، أو لقتل، أو لإرعاب مكابرة واعتماداً على القوة مع البعد عن الغوث.

ويثبت برجلين، لا برجل وامرأتين.

وقاطع الطريق: ملزم للأحكام، ولو سكران أو ذمياً، مختار، مخيف، للطريق يقاوم من يبرز هوله بأن يساويه أو يغلبه، بحيث يبعد معه غوث لبعد عن العمارة أو ضعف في أهلها، وإن كان البارز واحداً أو أنثى أو بلا سلاح.

وخرج بالقيود المذكورة أضدادها، فليس المصتف بها أو بشيء منها من حربي ولو معاهداً أو صبي ومجنون ومكره ومختلس ومنتهب قاطع طريق.

وَقُطَّاع الطَّرِيقِ عَلَى أَرْبَعةِ أَقْسَام:
إِنْ قَتَلُوا وَلَمْ يَأْخُذُوا الْمَالَ قُتِلُوا، فَإِنْ قَتَلُوا وَأَخَذُوا الْمَالَ قُتِلُوا وَصُلِبُوا
وَإِنْ أَخَذُوا الْمَالَ وَلَمْ يَقْتُلُوا تُقَطَّعُ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ،

وقد علم مما تقرر أنه لا يشترط فيه إسلام وإن شرطه في المنهاج كأصله ولو دخل جمع بالليل داراً ومنعوا أهلها من الاستعانة مع قوة السلطان وحضوره فقطاع.

(وقطاع الطريق على أربعة أقسام) فقط، لأن الموجود منهم إما الاقتصار على القتل أو الجمع بينه وبين أخذ المال أو الاقتصار على أخذ المال، أو الإخافة ورتبها المصنف على هذا مبتدئاً بالأول، فقال:

(إن قتلوا) معصوماً مكافئاً لهم، عمداً (ولم يأخذوا المال قتلوا) حتماً للآية السابقة، ولأنهم ضموا إلى جنايتهم إخافة السبيل المقتضية زيادة العقوبة، ولا زيادة هنا إلا تحتم القتل، فلا يسقط، قال البندنيجي: ومحل تحتمه إذا قتلوا لأخذ المال وإلا فلا تحتم.

ثم أشار إلى القسم الثاني بقوله: (فإن قتلوا وأخذوا المال) المقدر بنصاب السرقة، وقياس ما سبق اعتبار الحرز وعدم الشبهة (قُتلوا) حتماً (وصلبوا) زيادة في التنكيل، ويكون صلبهم بعد غسلهم وتكفينهم والصلاة عليهم والغرض من صلبهم بعد قتلهم التنكيل بهم وزجر غيرهم ويصلب على خشبة ونحوها ثلاثة أيام ليشتهر الحال ويتم النكال ولأن لها اعتباراً في الشرع، وليس لما زاد عليها غاية، ثم ينزل هذا إن لم يخف التغير فإن خيف قبل الثلاث أنزل، على الأصح، وحمل النص في الثلاث على زمن البرد، والاعتدال: ثم أشار إلى القسم الثالث بقوله: (وإن أخذوا المال) المقدر بنصاب سرقة بلا شبهة من حرز مما مر بيانه في السرقة (ولم يَقتلوا قطعت) بطلب من المالك (أيديهم وأرجلهم من خلاف) بأن تقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى دفعة أو على الولاء لأنه حد واحد. فإن عادوا بعد قطعهما ثانياً قطعت اليد اليسرى والرجل اليمنى. لقوله تعالى: ﴿أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ﴾ [المائدة: ٣٣] وإنما قطع من خلاف لما مر في السرقة. وقطعت اليد اليمنى للمال كالسرقة وقيل: للمحاربة. والرجل قيل: للمال. وقيل: للمجاهرة تنزيلاً لذلك منزلة سرقة ثانية. وقيل: للمحاربة. قال العمراني: وهو أشبه.

فَإِنْ أَخَافُوا السَّبِيلَ وَلَمْ يَأْخُذُوا مَالاً وَلَمْ يَقْتُلُوا حُبِسُوا وَعُزِّرُوا،

ثم أشار إلى القسم الرابع بقوله: (فإن أخافوا السبيل) أي الطريق بوقوفهم (ولم يأخذوا مالاً) من المارة (ولم يقتلوا) منهم أحداً (حبسوا)في غير موضعهم. لأنه أحوط وأبلغ في الزجر والإيحاش. كما هو في الروضة حكاية من ابن سريج وأقره (وعزروا) بما يراه الإمام من ضرب وغيره لارتكابهم معصية لا حد فيها ولا كفارة.

تنبيه ـ عطف المصنف التعزير على الحبس من عطف العام على الخاص إذ الحبس من جنس التعزير. وللإمام تركه إن رآه مصلحة.

وبما تقرر فسر ابن عباس الآية الكريمة فقال: المعنى أن يقتلوا إن قتلوا أو يصلبوا مع ذلك إن قتلوا وأخذوا المال. أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف إن اقتصروا على أخذ المال. أو ينفوا من الأرض إن أرعبوا ولم يأخذوا شيئاً. فحمل كلمة «أو» على التنويع[١] لا التخيير كما في قوله تعالى: ﴿وَقَالُوا كُونُوا هُوداً أَوْ نَصَارَىٰ﴾ [البقرة: ١٣٥] أي قالت اليهود كونوا هوداً وقالت النصارى كونوا نصارى. إذ لم يخير أحد منهم بين اليهودية والنصرانية وقتل القطع يغلب فيه معنى القصاص لا الحد. لأن الأصل فيما اجتمع فيه حق الله تعالى وحق الآدمي يغلب فيه حق الآدمي[٢] لبنائه على التضيق، ولأنه لو قتل بلا محاربة ثبت له القود، فكيف يحبط حقه بقتله فيها؟ فلا يقتل بغير كفء كولده، ولو مات بغير قتل فدية تجب في تركته في الحر. أما في الرقيق فتجب قيمته مطلقاً. ويقتل بواحد ممن قتلهم وللباقين ديات، فإن قتلهم

---

(١) أي لأن القاعدة أنه إذا بدأ بالأغلظ كما هنا كانت للتنويع فإن بدأ بالأخف كما في قوله «فكفارته إطعام» الخ كانت للتخيير. فإن قيل إنه في آية المحاربة بدأ بالأخفّ لأن ما بعد الأول القتل والصلب. أجيب بأن المذكور في الآية بعده إنما هو الصلب وإن كان معه القتل في التأويل والتقدير قال م ر في شرحه وهذا من ابن عباس إما توقيف وهو الأقرب أو لغة وكل منهما من مثله حجة لأنه ترجمان القرآن ولأن الله تعالى بدأ فيه بالأغلظ فكان مرتباً عليه ككفارة الظهار ولو أريد التخيير لبدأ بالأخف ككفارة اليمين اهـ وقوله فكان مرتباً يتأمل معنى الترتيب.

(٢) قد يشكل هذا بما مر من تقديم الزكاة على دين الآدمي تقديماً لحق الله تعالى على حق الآدمي. ويمكن أن يجاب بأن في الزكاة حق آدمي فإنها تجب للأصناف فلعل تقديمها ليس متمحضاً لحق الله تعالى بل لاجتماع الحقين فقدمت على ما فيه حق واحد.

وَمَنْ تَابَ مِنْهُمْ قَبْلَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ سَقَطَتْ عَنْهُ الْحُدُودُ وَأُخِذوا بِالْحُقُوقِ.

مرتباً قتل بالأول منهم. ولو عفا ولي القتيل بمال. وجب المال، وقتل القاتل حداً لتحتيم قتله، وتراعى المماثلة فيما قتل به، ولا يتحتم غير قتل وصلب كأن قطع يده فاندمل، لأن التحتم تغليظ لحق الله تعالى. فاختص بالنفس كالكفارة.

[القَوْلُ فِي حُكْمِ مَنْ تَابَ مِنْهُمْ]

(ومن تاب منهم قبل القدرة عليه) أي قبل الظفر به (سقطت عنه الحدود) أي العقوبات التي تخص القاطع من تحتم القتل والصلب وقطع اليد والرجل لآية: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة: ٣٣] (وأخذوا) من المؤاخذة مبني للمفعول بمعنى طولب (بالحقوق) أي بباقيها: فلا يسقط عنه ولا عن غيره بالتوبة قود ولا مال ولا باقي الحدود من حد زنا وسرقة وشرب خمر وقذف. لأن العمومات الواردة فيها لم تفصل بين ما قبل التوبة وما بعدها. بخلاف قاطع الطريق، نعم تارك الصلاة كسلاً يقتل حداً على الصحيح. ومع ذلك لو تاب سقط القتل قطعاً، والكافر إذا زنى ثم أسلم فإنه يسقط عنه الحد كما نقله في الروضة عن النص. ولا يرد المرتد إذا تاب حيث تقبل توبته ويسقط القتل لأنه إذا أصر يقتل كفراً لا حداً. ومحل عدم سقوط باقي الحدود بالتوبة في الظاهر. أما فيما بينه وبين الله تعالى فيسقط قطعاً. لأن التوبة تسقط أثر المعصية كما نبه عليه في زيادة الروضة في باب السرقة. وقد قال ﷺ «التَّوْبَةُ تَجُبُّ مَا قَبْلَهَا» وورد «التَّائِبُ مِنَ الذَّنْبِ كَمَنْ لَا ذَنْبَ لَهُ».

تتمة - التوبة لغة: الرجوع. ولا يلزم أن تكون عن ذنب. وعليه حمل قوله ﷺ: «إِنِّي لَأَتُوبُ إِلَى اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى فِي الْيَوْمِ سَبْعِينَ مَرَّةً»[1] فإنه ﷺ رجع عن الاشتغال بمصالح الخلق إلى الحق.

قال تعالى: ﴿فَإِذَا فَرَغْتَ فَانْصَبْ﴾[الشرح: ٧] وإنما فعل ﷺ ذلك تشريعاً، وليفتح باب التوبة للأمة ليعلمهم كيف الطريق إلى الله تعالى، وقد سئل بعض أكابر القوم عن قوله تعالى: ﴿لَقَدْ تَابَ اللَّهُ عَلَى النَّبِيِّ﴾ [التوبة: ١٢٧] من أي شيء؟ فقال:

---

(١) أخرجه البخاري ١١/ ١٠١ (٦٣٠٧).

فَصْــلٌ

وَمَنْ قُصِدَ

نبه بتوبه: من لم يذنب على توبة من أذنب يعني بذلك أنه لا يدخل أحد مقاماً من المقامات الصالحة إلا تابعاً له ﷺ، فلولا توبته ﷺ ما حصل لأحد توبة. وأصل هذه التوبة أخذ العلقة من صدره الكريم ﷺ. وقيل: هذه حظ الشيطان منك. وشرعاً: الرجوع عن التعويج إلى سنن الطريق المستقيم. وشروطها وإن كانت من حقوق الله تعالى ـ الندم. والإقلاع والعزم على أن لا يعود وإن كانت من حقوق الآدميين زيد على ذلك رابع وهو الخروج[١] من المظالم وقد بسطت الكلام على التوبة مع ذكر جمل من النفائس المتعلقة بها في شرح المنهاج وغيره.

فَصْلٌ فِي حُكْمِ الصِّيَالِ[٢] وَمَا تُتْلِفُهُ البَهَائِمْ

والصيال هو: الاستطالة والوثوب. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] وخبر البخاري، «انْصُرْ أَخَاكَ ظَالِماً أَوْ مَظْلُوماً»[٣] والصائل ظالم فيمنع من ظلمه لأن ذلك نصر.

ثم شرع في القسم الأول فقال: (ومن قصد) بضم أوله على البناء للمفعول يعني قصده صائل من آدمي مسلماً كان أو كافراً عاقلاً أو مجنوناً بالغاً أو صغيراً قريباً أو

---

(١) هذا صريح في أنه لا يعتبر هذا الشرط في التوبة في حقوق الله تعالى وفيه نظر.
فائدتان: الأولى: من تاب من معصية ثم ذكرها قال القاضي أبو بكر الباقلاني يجب عليه تجديد التوبة منها كلما ذكرها. وقال إمام الحرمين لا يجب بل لا يستحب وعلى الأوّل لو لم يجدّدها كان ذلك معصية جديدة تجب التوبة منها والتوبة الأولى صحيحة. الثانية قال ابن عبد السلام إذا مات شخص وعليه دين تعدى بسببه أو بمطله أخذ من حسناته بقدر ما ظلم به فإن فنيت حسناته طرح عليه من عقاب سيئات المظلومين ثم ألقي في النار وإن لم يتعدّ بسببه ولا بمطله أخذ من حسناته في الآخرة كما تؤخذ أمواله في الدنيا حتى لا يبقى له شيء ولا يؤخذ ثواب إيمانه كما لا تؤخذ في الدنيا ثياب بدنه فإن فنيت حسناته لم يطرح عليه من سيئات خصمه شيء.

(٢) ذكره المصنف بعد الأبواب المتقدمة لأنه قد يكون على النفس وعلى الأموال والعقول مثلاً، وكان الأولى تأخيره عن الردة أيضاً لأن قد يكون على الدين أيضاً.

(٣) أخرجه البخاري ١٢/ ٣٢٣ (٦٩٥٢).

بِأَذًى فِي نَفْسِهِ، أَوْ مَالِهِ، أَوْ حَرِيمِهِ، فَقَاتَلَ عَنْ ذَلِكَ فَقَتَلَ فَلاَ ضَمَانَ عَلَيْهِ،

أجنبياً وبهيمة (بأذى) بتنوين المعجمة ـ أي بما تؤذيه (في نفسه) كقتل وقطع طرف وإبطال منفعة عضو (أو) في (ماله) ولو قليلاً كدرهم (أو) في (حريمه فقاتل عن ذلك) ليندفع عنه (فقتل) المصول عليه الصائل (فلا ضمان عليه) من قصاص ولا دية ولا كفارة ولا قيمة بهيمة وغيرها، لخبر «مَنْ قُتِلَ دُونَ دَمِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ. وَمَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ. وَمَنْ قُتِلَ دُونَ أَهْلِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ»[1] رواه أبو داود والترمذي وصححه ووجه الدلالة أنه لما جعله شهيداً دل على أن له القتل والقتال كما أن من قتله أهل الحرب لما كان شهيداً كان له القتل والقتال. ولا إثم عليه أيضاً لأنه مأمور بدفعه، وفي الأمر بالقتال والضمان منافاة. حتى لو صال العبد المغصوب أو المستعار على مالكه فقتله دفعاً لم يبرأ الغاصب ولا المستعير.

ويستثنى من عدم الضمان المضطر إذا قتله صاحب الطعام دفعاً فإن عليه القود كما قاله الزبيلي في آداب القضاء، ولو صال مكرهاً على إتلاف مال غيره لم يجز دفعه بل يلزم المالك أن يقي روحه بماله كما يناول المضطر طعامه. ولكل منهما دفع المكره.

تنبيه ـ تعبير المصنف بالمال قد يخرج ما ليس بمال كالكلب المقتنى والسرجين وقضية كلام الماوردي وغيره إلحاقه به. وهو الظاهر.

وله دفع مسلم عن ذمي ووالد عن ولده وسيد عن عبده لأنهم معصومون ولا يجب الدفع عما لا روح فيه لأنه تجوز إباحته للغير. أما ما فيه روح فيجب الدفع عنه إذا قصد إتلافه. ما لم يخش على نفسه، لحرمة الروح. ويجب الدفع عن بضع لأنه لا سبيل إلى إباحته وسواء بضع أهله أو غيرهم، ومثل البضع مقدماته، وعن نفسه إذا قصدها كافر ولو معصوماً، إذ غير المعصوم لا حرمة له، والمعصوم بطلت حرمته بصياله ولأن الاستسلام للكافر ذل في الدين، أو قصدها بهيمة لأنها تذبح لاستبقاء

---

(١) أخرجه أحمد ١/ ١٩٠ وأبو داود ٥/ ١٢٨ (٤٧٧١) والترمذي ٤/ ٣٠ (١٤٢١) وقال: حسن صحيح وابن ماجة ٢/ ٨٦١ (٢٥٨٠).

. . . .

الآدمي فلا وجه للاستسلام لها، وظاهر أن عضوه ومنفعته كنفسه لا يجب الدفع إذا قصدها مسلم ولو مجنوناً، بل جوز الاستسلام له، بل يسن، كما أفهمه كلام الروضة لخبر أبي داود «كُنْ خَيْرَ ابْنَي آدَمَ»[1] يعني قابيل وهابيل - والدفع عن نفس غيره إذا كان آدمياً محترماً كالدفع عن نفسه. فيجب. وينتفي حيث ينتفي وفي مسند الإمام أحمد «مَنْ أُذِلَّ عِنْدَهُ مُسْلِمٌ فَلَمْ يَنْصُرْهُ وَهُوَ قَادِرٌ أَنْ يَنْصُرَهُ أَذَلَّهُ اللَّهُ عَلَى رُؤُوسِ الخَلاَئِقِ يَوْمَ القِيَامَةِ»[2].

ويدفع الصائل بالأخف فالأخف، فإن أمكن دفعه بكلام[3] أو استغاثة حرم الدفع بالضرب، أو بضرب بيد حرم بسوط، أو بسوط حرم بعصا أو بعصا حرم بقطع عضو، أوبقطع عضو حرم بقتل لأن ذلك جوز للضرورة ولا ضرورة في الأثقل مع إمكان تحصيل المقصود بالأسهل وفائدة هذا الترتيب أنه متى خالف وعدل إلى رتبة مع إمكان الاكتفاء بما دونها ضمن ويستثنى من الترتيب ما لو التحم القتال بينهما واشتد الأمر عن الضبط سقط مراعاة الترتيب كما ذكره الإمام في قتال البغاة وما لو كان الصائل يندفع بالسوط والعصا والمصول عليه لا يجد إلا السيف فالصحيح أن له الضرب به لأنه لا يمكنه الدفع إلا به وليس بمقصر في ترك استصحاب السوط ونحوه وعلى هذا الترتيب

---

(١) انظر التلخيص ٤/ ٨٤.

(٢) أخرجه أحمد ٣/ ٤٨٧ والطبراني ٦/ ٨٩ وابن السني ٤٢٢ وانظر المجمع ٧/ ٢٦٧.

(٣) في المنهج أنه يبدأ بالهرب فبالزجر فالاستغاثة فالضرب باليد فبالسوط فبالعصا فالقطع فالقتل نهي ثمانية لكن المعتمد أنه يخير بين الزجر والاستغاثة ح ل ومحل الهرب حيث علم أن الهرب ينجيه. أما إذا علم أنه إذا هرب طمع فيه وتبعه جاز القتل ابتداء ولو أمكنه الهرب من فحل صائل عليه ولم يهرب فقتله دفعاً ضمن بناء على وجوب الهرب عليه إذا صال عليه إنسان. وفي حل أكل لحم الفحل تردد أي وجهان وجه منع الحل إن لم يقصد الذبح والأكل، قال الزركشي والراجح الحل كما دل عليه كلام الرافعي في الصيد والذبائح اهـ روض وشرحه اهـ م د على التحرير وينبغي أن من دفع الصائل الدعاء عليه بكفّ شرّه عن المصول عليه وإن كان بهلاكه وهو ظاهر حيث غلب على الظن أنه لا يندفع إلا بالهلاك وينبغي أن يعلم أيضاً أنه لو علم منه أنه لا يندفع شره إلا بالسحر وكان المصول عليه أو غيره يعرف ما يمنع الصائل عن صياله لا يجوز لأن السحر حرام لذاته.

وَعَلَى رَاكِبِ الدَّابَةِ ضَمَانُ مَا أَتْلَفَتْهُ دَابَّتُهُ.

إن أمكن للمصول عليه هرب أو النجاة بحصن أو جماعة فالمذهب وجوبه وتحريم القتال، لأنه مأمور بتخليص نفسه بالأهون فالأهون وما ذكر أسهل من غيره فلا يعدل إلى الأشد.

[القَوْلُ فِي حُكْمِ مَا تُتْلِفُهُ الْبَهَائِمُ]

ثم شرع في القسم الثاني وهو ما تتلفه البهائم ـ بقوله (وعلى راكب الدابة)[1] وسائقها وقائدها سواء أكان مالكاً أم مستأجراً أم مودعاً أم مستعيراً أم غاصباً (ضمان ما أتلفته دابته) أي: التي يده عليها، بيدها أو رجلها أو غير ذلك نفساً أو مالاً ليلاً أو نهاراً لأنها في يده وعليه تعهدها وحفظها ولأنه إذا كان فعلها منسوباً إليه وإلا نسب

---

(١) سواء كان بصيراً أو أعمى قال سم وقضية كلام المصنف وغيره تضمن الراكب وإن كان الزمام بيد غيره وأنه يضمن إذا كان أعمى معه بصير وإن غلبته الدابة وهو قضية كلام الشيخين اهـ م د والمعتمد أن الراكب لا يضمن إذا كان معه قائد وسائق إلا إذا كان بصيراً مميزاً وكان الزمام بيده اهـ وعبارة شرح المنهج ولو صحبها سائق وقائد استويا في الضمان أو راكب معهما أو مع أحدهما ضمن الراكب فقط اهـ أي لأن استيلاءه عليها أقوى وبذلك يعلم أن الضمان على المرأة التي تركب الآن مع المكاري م ر سم وهذا هو المعتمد وقياس ما نقله ابن يونس أن الضمان في مسألة الأعمى على قائد الدابة إن كان زمامها بيده أي القائد اهـ ع ش على م ر ولو ركبها اثنان فعلى المقدم دون الرديف لأن فعلها منسوب إليه ويؤخذ من هذه العلة أن المقدم لو لم يَكن له دخل في سيرها كمريض وصغير اختص الضمان بالرديف. فلو كانا في جانبها ضمنا فلو كان معهما واحد على القتب فالضمان عليهم أثلاثاً كما قاله الطبلاوي. وقيل عليه فقط لأن السير منسوب إليه سم ولو كان الراكب ممن يضبطها ولكن غلبته بفزع من شيء مثلاً وأتلفت شيئاً فالظاهر عدم الضمان قاله سم ويشكل عليه أن اليد موجودة حال الفزع كما هي موجودة مع قطع اللجام ونحوه إلا أن يقال اليد وإن كانت موجودة حال الفزع إلا إن فعلها لم ينسب فيه واضع اليد إلى تقصير ما فأشبه ما لو هاجت الرياح بعد إحكام ملاح السفينة آلاتها. وقد قيل فيها بعدم الضمان لانتفاء تقصير الملاح بخلاف قطع اللجام فإن الراكب منسوب فيه لتقصيره في الجملة لأن قطع الدابة له دليل على عدم إحكامه م ر وعبارة ق ل ولو غلبت راكبها وأتلفت شيئاً ضمنه لتقصيره بركوب ما لا يقدر على ضبطه وشأنه أن يضبط وبذلك فارقت السفينة وخرج بغلبتها له ما لو انفلتت قهراً عليه فلا ضمان عليه لعدم تقصيره وفيه بحث.

. . . .

إليها كالكلب إذا أرسله صاحبه وقتل الصيد حل. . وإن استرسل بنفسه فلا. . فجنايتها كجنايته. ولو كان معها سائق وقائد فالضمان عليهما نصفين ولو كان معها سائق وقائد مع راكب فهل يختص الضمان بالراكب أو يجب ثلاثاً؟ وجهان أرجحهما الأول[١] ولو كان عليها راكبان فهل يجب الضمان عليهما أو يختص بالأول دون الرديف؟ وجهان أوجهها الأول لأن اليد لهما.

تنبيه ـ حيث أطلق ضمان النفس في هذا الباب فهو على العاقلة كحفر البئر ويستثنى من إطلاقه[٢] صور:

الأولى ـ لو أركبها أجنبي بغير إذن الولي صبياً أو مجنوناً فأتلفت شيئاً فالضمان على الأجنبي.

الثانية: لو ركب الدابة فنخسها إنسان بغير إذنه كما قيده البغوي فرمحت فأتلفت شيئاً فالضمان على الناخس فإن أذن له الراكب في ذلك فالضمان عليه.

الثالثة: لو غلبته دابته فاستقبلها إنسان فردها فأتلفت في انصرافها شيئاً ضمنها الراد.

الرابعة: لو سقطت الدابة ميتة فتلف بها شيء. لم يضمنه وكذا لو سقط هو ميتاً على شيء وأتلفه فلا ضمان عليه. قال الزركشي: وينبغي أن يلحق بسقوطها ميتة سقوطها لمرض أو عارض ريح شديد ونحوه.

---

(١) ضعيف والمعتمد أنه على الأول ما لم يكن صغيراً أو أعمى ووجهه بأنها وإن كانت في يدهما بحيث يقضي لهما بها فيما لو تنازعاها إلا أن فعلها منسوب للمقدم نعم إن كان المتقدم لا أثر له بحيث كان سيرها منسوباً للمؤخر فقط كأن ركبها إنسان واحتضن مريضاً لا حركة له فينبغي أن يكون الضامن المؤخر.

(٢) أي من قوله وعلى راكب الدابة الخ وفي بعض الصور المستثنيات الضمان على غير راكب الدابة وفي بعضها لا ضمان أصلاً فليس المراد أنه في هذه المستثنيات ينتفي الضمان بالمرة بل المراد أنه لا ضمان على الراكب أعم من نفي الضمان بالمرة أو وجوبه على غير الراكب وقوله صور أي خمس.

. . . .

الخامسة: لو كان مع الدواب راعٍ فهاجت ريح وأظلم النهار فتفرقت الدواب فوقعت في زرع فأفسدته، فلا ضمان على الراعي في الأظهر للغلبة كما لو ند بعيره أو انفلتت دابته من يده فأفسدت شيئاً بخلاف ما لو تفرقت الغنم لنومه فيضمن. ولو انتفخ ميت فتكسر بسببه شيء لم يضمنه، بخلاف طفل سقط على شيء لأن له فعلاً، بخلاف الميت ولو بالت دابته أو راثت بمثلثة. بطريق ولو واقفة فتلفت به نفس أو مال فلا ضمان كما في المنهاج كأصله، لأن الطريق لا تخلو عن ذلك. والمنع من الطريق لا سبيل إليه، وهذا هو المعتمد، وإن نازع في ذلك أكثر المتأخرين.

وإنما يضمن صاحب الدابة ما أتلفته دابته إذا لم يقصر صاحب المال فيه. فإن قصر بأن وضع المال بطريق أو عرضه للدابة فلا يضمنه لأنه المضيع ماله. وإن كانت الدابة وحدها فأتلفت زرعاً أو غيره نهاراً لم يضمن صاحبها. أو ليلاً ضمن لتقصيره بإرسالها ليلاً، بخلافه نهاراً، للخبر الصحيح في ذلك رواه أبو داود وغيره وهو وفق العادة في حفظ الزرع ونحوه نهاراً والدابة ليلاً ولو تعود أهل البلد إرسال الدواب وحفظ الزرع ليلاً دون النهار انعكس الحكم. فيضمن مرسلها ما أتلفته نهاراً دون الليل، اتباعاً لمعنى الخبر والعادة. ومن ذلك يؤخذ ما بحثه البلقيني أنه لو جرت عادة بحفظها ليلاً ونهاراً ضمن مرسلها ما أتلفته مطلقاً.

تتمة ـ يستثنى من الدواب الحمام[1] وغيره من الطيور، فلا ضمان بإتلافها مطلقاً كما حكاه في أصل الروضة عن ابن الصباغ. وعلله بأن العادة إرسالها. ويدخل في ذلك النحل. وقد أفتى البلقيني في نحل لإنسان قتل جملاً لآخر بعدم الضمان والتقصير من صاحب الجمل ولو أتلفت الهرة طيراً أو طعاماً أو غيره: إن عهد ذلك

---

(١) أطلق على الحمام دابة نظراً إلى أصل اللغة وخص العرف الدابة بذات الأربع قال في المصباح وكل حيوان في الأرض دابة وخالف بعضهم فأخرج الطير من الدواب وردَّ بالسماع وهو قوله تعالى ﴿والله خلق كل دابة من ماء﴾ قالوا أي خلق كل حيوان مميزاً كان أو غير مميز وأما تخصيص الفرس والبغل بالدابة عند الإطلاق فعرف طارىء وتطلق الدابة على الذكر والأنثى مع الدواب.

فَصْــلٌ

منها ضمن مالكها أو صاحبها الذي يؤويها ما أتلفت ليلاً كان أو نهاراً. وكذا كل حيوان مولع بالتعدي كالجمل والحمار اللذين عرفا بعقر الدواب وإتلافها. أما إذا لم يعهد منها إتلاف ما ذكر فلا ضمان لأن العادة حفظ ما ذكر عنها لا ربطها.

فائدة ـ سئل القفال عن حبس الطيور في أقفاص لسماع أصواتها أو غير ذلك فأجاب بالجواز إذا تعهدها صاحبها بما تحتاج إليه. كالبهيمة تربط، ولو كان بداره كلب عقور أو دابة جموح ودخل شخص بإذنه ولم يعلمه بالحال فعضه الكلب أو رمحته الدابة ضمن. وإن كان الداخل بصيراً أو دخلها بلا إذن أو أعلمه بالحال فلا ضمان، لأنه المتسبب في هلاك نفسه.

فَصْــلٌ فِي قِتَالِ الْبُغَاةِ[1]

جمع باغ، والبغي: الظلم ومجاوزة الحد. سموا بذلك لظلمهم وعدولهم عن الحق والأصل فيه آية: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا﴾ [الحجرات: ٩] وليس فيها ذكر الخروج[2] على الإمام صريحاً، لكنها تشمله لعمومها[3]، أو تقتضيه، لأنه إذا طلب القتال لبغي طائفة فللبغي على الإمام أولى:

---

(١) هذا شروع في طوائف ثلاث جوّز الشارع لنا قتالهم البغاة والمرتدين والكفار وذكر البغاة بعد الصيال لما يأتي أنهم يردون إلى الطاعة بالأخف في قوله ولا يقاتلهم الإمام حتى يبعث الخ وقام الإجماع على جواز قتال البغاة ومستنده فعل سيدنا عليّ فإنه قاتل أهل الجمل بالبصرة وقاتل أهل صفين بالشام وأهل النهروان وهم طائفة من الخوارج بناحية الكوفة وأخذ قتال المرتدين من فعل أبي بكر وأخذ قتال الكفار من فعل النبيّ ﷺ.

(٢) هذا الكلام يوهم أن البغي منحصر في الخروج عليه من حيث البيعة ونحوها وإلا فمن البين أن المراد الخروج ولو بمنع حق توجه عليهم كما سيجـيء وهؤلاء قد توجه عليهم أن يترافعوا إلى الإمام فيما شجر بينهم فحيث استقلوا بالقتال معرضين عن الإمام فقد امتنعوا من الحق الواجب عليهم فكانوا بغاة لهذا.

(٣) أي لأنها نكرة في سياق الشرط.

وَيُقَاتَلُ أَهْلُ الْبَغْيِ بِثَلَاثِ شَرَائِطَ:

هم[١]: مسلمون مخالفو إمام ولو جائراً[٢] بأن خرجوا عن طاعته بعدم انقيادهم له أو منع حق توجه عليهم كزكاة بالشروط الآتية (ويقاتل أهل البغي)[٣] وجوباً كما استفيد من الآية المتقدمة[٤] وعليها عول عليّ رضي الله تعالى عنه في قتال صفين والنهروان (بثلاثة شروط):

(١) أي شرعاً مسلمون ولو فيما مضى فيشمل المرتدين على المعتمد ق ل على الجلال وفي سم نقلاً عن الزركشي أنه يعتبر في البغاة الإسلام فالمرتدون إذا نصبوا القتال لا يجري عليهم حكم البغاة في الأصح وهذا الشرط هو مقتضى كلام المحرر فلا وجه لإهماله وحاصله أن القيود ستة: أن يكونوا مسلمين وأن يخالفوا الإمام وأن يكون لهم تأويل وأن يكون ذلك التأويل باطلاً ظناً وأن تكون لهم شوكة وأن يكون فيهم مطاع وسيذكر الشارح أن الشوكة تستلزم المطاع فلا تغفل.

(٢) لأنه يحرم الخروج على الإمام ففي شرح مسلم يحرم الخروج على الجائر إجماعاً ويجاب عن خروج الحسين على يزيد بأن المراد إجماع الطبقة المتأخرة عن التابعين فمن بعدهم.

(٣) ظاهره أن البغي يوجد بدون هذه الشروط وهذه شروط للقتال وليس كذلك بل لا يحصل إلا بها وبعد ذلك يقاتلون فلو قال وشرط في الباغي كذا وكذا كان أولى ولذا قال في المنهج هم مسلمون الخ ثم قال ولا يقاتلهم الإمام. واعلم أن وصف البغي في الصدر الأول ليس وصف ذم ولا يقتضي الفسق ولا العصيان ولا يزول معه وصف الإيمان خلافاً للخوارج فإنهم اعتقدوا زوال الإيمان معه ويردّ عليهم بالآية ولأنهم إنما خرجوا عن طاعة الإمام بتأويل وشبهة أي بتأويل غير قطعي البطلان.

(٤) هي قوله تعالى ﴿وإن طائفتان﴾ قال السبكي رحمه الله تعالى في تفسيره المسمى بالدر النظيم ما حاصله وفي هذه الآية حكمان عظيمان: أحدهما وجوب قتال البغاة من قوله ﴿فقاتلوا التي تبغي﴾ فإنه أمر والأمر للوجوب وعليه عوّل عليّ رضي الله عنه والصحابة في قتال صفين والنهروان وقد قتل عمار معه يوم صفين وقال النبيّ ﷺ لعمار «تقتلك الفئة الباغية» وهذا علم من أعلام النبوّة ولم ينكر أحد هذا الحديث حتى أن المقاتلين لعليّ رضي الله عنه لم ينكروه وإنما عدلوا إلى تأويل لا يخفى ضعفه وهو قولهم إنما قتله الذي أخرجه يعنون علياً أي لأنه أخرجه لقتال معاوية ولما قتل عمار ازداد الذين كانوا مع عليّ يقيناً وإقداماً على القتال وعرفوا أنهم الذين عناهم رسول الله ﷺ ثم ساق القصة أحسن سياق. الحكم الثاني في الآية أن اسم الإيمان باقٍ مع البغي والمخالف في ذلك الخوارج والآية تردّ عليهم وتمام الاستدلال بقوله تعالى ﴿فأصلحوا بين أخويكم﴾ فإنه صريح في بقاء الإيمان حين البغي ولولا ذلك أي بقاء الإيمان لأمكن أن يقال في قوله تعالى ﴿فإن بغت إحداهما على الأخرى﴾ وقوله تعالى ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا﴾ =

أَنْ يَكُونُوا فِي مَنَعَةٍ، وَأَنْ يَخْرُجُوا عَنْ قَبْضَةِ الإِمَامِ، وَأَنْ يَكُونَ لَهُمْ تَأْوِيلٌ سَائِغٌ

الأول ـ (أن يكونوا في منعة) ـ بفتح النون والعين المهملة ـ أي شوكة بكثره أو قوة، ولو بحصن. بحيث يمكن معها مقاومة الإمام، فيحتاج في ردهم إلى الطاعة لكلفة من بذل مال وتحصيل رجال. وهي لا تحصل إلا بمطاع: أي متبوع يحصل به قوة لشوكتهم يصدرون عن رأيه إذ لا قوة لمن لا تجتمع كلمتهم بمطاع فالمطاع شرط لحصول الشوكة لا أنه شرط آخر غير الشوكة كما تقتضيه عبارة المنهاج. ولا يشترط أن يكون فيهم إمام منصوب. لأن علياً رضي الله تعالى عنه قاتل أهل الجمل[1] ولا إمام لهم. وأهل صفين قبل نصب إمامهم.

الثاني: (أن يخرجوا عن قبضة الإمام) أي: عن طاعته بانفرادهم ببلدة أو قرية أو موضع من الصحراء كما نقله في الروضة[2] وأصلها عن جمع وحكى الماوردي الاتفاق عليه.

الثالث: (أن يكون لهم) في خروجهم عن طاعة الإمام (تأويل سائغ) أي: محتمل، من الكتاب أو السنة ليستندوا إليه، لأن من خالف بغير تأويل كان معانداً للحق.

تنبيه ـ يشترط في التأويل أن يكون فاسداً، لا يقطع بفساده، بل يعتقدون به جواز الخروج، كتأويل الخارجين من أهل الجمل وصفين على عليّ رضي الله تعالى عنه بأنه يعرف قتلة عثمان رضي الله عنه ولا يقتص منهم لمواطأته إياهم. وتأويل بعض مانعي

= إنه لا دليل فيه لأنه لا يصح إطلاق ذلك أي المذكور في الآية من الإيمان والأخوة إذا كان يخرج به عن الإيمان بأن يكون وصف الإيمان بحسب الأصل لكن قوله تعالى ﴿بين أخويكم﴾ دليل ظاهر على ثبوت الإيمان لهم في حال بغيهم اهـ وقال في الروضة قال العلماء ويجب قتال البغاة ولا يكفرون بالبغي وإذا رجع الباغي إلى الطاعة قبلت توبته وترك قتاله.

(١) أي أهل الوقعة التي عقر فيه جمل عائشة قال الدميري وكان اسم الجمل الذي ركبته عائشة يوم وقعته عسكراً أعطاه لها يعلى بن أمية اشتراه لها بأربعمائة درهم وهو الصحيح وكانت وقعة الجمل يوم الخميس العاشر من جمادى الأولى أو الأخيرة وقيل في الخامس عشرة سنة ست وثلاثين من الهجرة وكانت الوقعة من ارتفاع الشمس إلى قريب العصر.

(٢) تبرأ منه لضعفه.

. . . .

الزكاة من أبي بكر رضي الله تعالى عنه بأنهم لا يدفعون الزكاة إلا لمن صلاته سكن لهم: أي دعاؤه رحمة لهم وهو النبيّ ﷺ، فمن فقدت فيه الشروط المذكورة ـ بأن خرجوا بلا تأويل كمانعي حق الشرع كالزكاة عناداً بتأويل يقطع ببطلانه كتأويل المرتدين[١]، أو لم يكن لهم شوكة، بأن كانوا أفراداً يسهل الظفر بهم، أو ليس فيهم مطاع ـ فليسوا بغاة لانتفاء حرمتهم، فيترتب على أفعالهم مقتضاها على تفصيل يأتي في ذي الشوكة يعلم مما يأتي، حتى لو تأولوا بلا شوكة وأتلفوا شيئاً ضمنوه مطلقاً كقاطع الطريق، وأما الخوارج[٢] ـ وهم قوم يكفرون مرتكب كبيرة ويتركون الجماعات[٣] ـ فلا يقاتلون[٤] ولا يعنفون[٥] ما لم يقاتلوا، وهم في قبضتنا، نعم إن تضررنا بهم تعرضنا لهم حتى يزول الضرر فإن قاتلوا أو لم يكونوا في قبضتنا[٦]

(١) أي من أهل اليمامة ارتدوا بعد موته ﷺ وقالوا لا يجب الإيمان إلا في حياته لانقطاع شرعه بموته كبقية الأنبياء وهذا تأويل باطل لقيام الإجماع على بقاء دينه إلى يوم القيامة قرره شيخنا وقال ابن قاسم قوله كتأويل المرتدين هذا فيه نظر لأنه اعتبر في المحدود الإسلام وأخذه جنساً وإذا لم يشملهم الجنس فلا يصح الاحتراز عنهم بفصول التعريف اهـ عميرة.

(٢) هم صنف من المبتدعة قائلون بأن من أتى كبيرة كفر وحبط عمله وخلد في النار وأن دار الإسلام بظهور الكبائر فيها تصير دار كفر وإباحة.

(٣) أي لا يصلون وراء الأئمة كما قرره العزيزي وعبارة البرماوي أي لم يحضروا مع الإمام جمعة ولا جماعة لاعتقادهم أن الصلاة لا تصح إلا خلف معصوم.

(٤) أي لا يقاتلون بثلاثة شروط: الأوّل عدم قتالهم لنا والثاني كونهم في قبضتنا والثالث عدم تضررنا بهم كما أشار إليه الشارح فقوله وهم في قبضتنا حال من الواو في فلا يقاتلون وكان الأولى تقديمه على قوله ما لم يقاتلوا فعدم قتالهم مشروط بما ذكر والمراد بكونهم في قبضتنا أن يجري عليهم حكمنا.

(٥) بدليل قبول شهادتهم ولا يلزم من ورود ذمهم ووعيدهم الشديد ككونهم كلاب أهل النار الحكم بفسقهم لأنهم لم يفعلوا محرماً في اعتقادهم وإن أخطؤوا وأثموا به من حيث إن ألحق في الاعتقادات واحد قطعاً وهو ما عليه أهل السنة ولا ينافي ذلك اقتضاء أكثر تعاريف الكبيرة فسقهم لوعيدهم الشديد وقلة اكتراثهم أي مبالاتهم بالدين لأن ذلك بالنسبة لأحوال الآخرة لا الدنيا لما تقرر من كونهم لم يفعلوا محرماً عندهم.

(٦) قال الأذرعي سواء كانوا بيننا أو امتازوا بموضع عنا لكنهم لم يخرجوا عن طاعته.

. . . .

قوتلوا، ولا يتحتم قتل القاتل منهم، وإن كانوا كقطاع الطريق في شهر السلاح، لأنهم لم يقصدوا إخافة الطريق، وهذا ما في الروضة وأصلها عن الجمهور، وفيهما عن البغوي أن حكمهم حكم قطاع الطريق، وبه جزم في المنهاج، والمعتمد الأول، فإن قيد بها[1] إذا قصدوا إخافة الطريق فلا خلاف.

[القَوْلُ فِي حُكْمِ شَهَادَةِ الْبُغَاةِ]

وتقبل شهادة البغاة[2]، لأنهم ليسوا بفسقة لتأويلهم.

قال الشافعي رضي الله تعالى عنه: إلا أن يكونوا ممن يشهدون لموافقيهم[3] بتصديقهم كالخطابية، وهم صنف من الرافضة يشهدون بالزور ويقضون به لموافقيهم بتصديقهم. فلا تقبل شهادتهم، ولا ينفذ حكم قاضيهم ولا يختص هذا بالبغاة، نعم إن بينوا السبب قبلت شهادتهم، لانتفاء التهمة حينئذ، ويقبل قضاء قاضيهم بعد اعتبار صفات القاضي فيه فيما يقبل فيه قضاء قاضينا لأن لهم تأويلاً يسوغ فيه الاجتهاد، إلا أن يستحل شاهد البغاة أو قاضيهم دماءنا وأموالنا فلا تقبل شهادته ولا قضاؤه، لأنه ليس بعدل، وشرط الشاهد والقاضي، العدالة هذا ما نقله الشيخان في الروضة وأصلها هنا عن المعتبرين وجرى عليه النووي في المنهاج، ولا ينافي ذلك ما ذكره في زيادة الروضة في كتاب الشهادات من أنه لا فرق في قبول شهادة أهل الأهواء وقضاء قاضيهم

---

(١) أي ما في المنهاج فلا خلاف أي في أنهم قطاع طريق زيادة على كونهم خوارج فيترتب عليهم أحكام قاطع الطريق وهذا التقييد هو المعتمد.

(٢) شروع في حكم البغاة. وحاصله أن شهادتهم مقبولة بشرطين: الأول أن لا يكرنوا ممن يشهدون لموافقيهم بتصديقهم الخ والثاني أن لا يستحلوا دماءنا أو أموالنا بلا تأويل وقضاءهم مقبول بشرطين أيضاً الأول أن يكون فيما يقبل فيه قضاء قاضينا فيخرج به ما إذا قضوا بما خالف نصاً أو إجماعاً أو قياساً جلياً الثاني أن لا يستحلوا.

(٣) أي في الاعتقاد بتصديقهم كذا في صحاح النسخ وفي بعضها بتصديقه ولا يناسب التعبير بالجمع قبله كما لا يخفى وقوله بتصديقهم الباء للسببية والمصدر مضاف لمفعول والفاعل محذوف أي يشهدون لمن يوافقهم في العقيدة بسبب تصديقهم له أي اعتقادهم صدقه بمجرد كونه منهم كذا قاله بعضهم ولا يخفى ما فيه إذ ظاهر التأويل يفيد أنه مضاف للفاعل.

. . . .

بين من يستحل الدماء والأموال أم لا: لأن ما هنا محمول على من استحل ذلك بلا تأويل. وما هناك على من استحله بتأويل.

[القَوْلُ فِي حُكْمِ مَا أَتْلَفَهُ الْبُغَاةُ]

وما أتلفه باغ من نفس أو مال على عادل وعكسه إن لم يكن في قتال لضرورته ـ بأن كان في غير القتال، أو فيه لا لضرورته ـ ضمن كل منهما ما أتلفه من نفس أو مال جرياً على الأصل في الإتلافيات، نعم إن قصد أهل العدل بإتلاف المال إضعافهم وهزيمتهم لم يضمنوا، كما قال الماوردي، وإن كان الإتلاف في قتال لضرورته فلا ضمان. اقتداء بالسلف، لأن الوقائع التي جرت في عصر الصحابة رضي الله عنهم كوقعة الجمل وصفين لم يطالب بعضهم بعضاً بضمان نفس ولا مال وهذا عند اجتماع الشوكة والتأويل. فإن فقد أحدهما فله حالان: الأول: الباغي المتأول بلا شوكة، يضمن النفس والمال ولو حال القتال كقاطع الطريق، والثاني نه شوكة بلا تأويل، وهذا كباغ في الضمان وعدمه، لأن سقوط الضمان في الباغين لقطع الفتنة واجتماع الكلمة، وهو موجود هنا.

ولا يقاتل الإمام البغاة حتى يبعث[١] إليهم أميناً فطناً إن كان البعث للمناظرة ناصحاً لهم يسألهم عما يكرهون، اقتداء بعليّ رضي الله عنه. فإنه بعث ابن عباس إلى أهل النهروان، فرجع بعضهم وأبى بعضهم. فإن ذكروا مظلمة أو شبهة أزالها لأن المقصود بقتالهم ردهم إلى الطاعة، فإن أصروا نصحهم ووعظهم فإن أصروا أعلمهم بالقتال[٢]. لأن الله تعالى أمر أولاً بالإصلاح ثم بالقتال. فلا يجوز تقديم ما أخره الله

---

(١) وجوباً وقوله أميناً فطناً أي ندباً إن بعث لمجرد السؤال فإن كان للمناظرة وإزالة الشبهة فلا بد من تأهله لذلك.

(٢) أي وجوباً وحينئذ يقاتلهم وإن لم يبدؤوا به وقبل ذلك مرتبة ذكرها في المنهج وهي فإن أصروا أعلمهم بالمناظرة أي المباحثة بيننا وبينهم في إبطال شبههم أو إثباتها وقوله أعلمهم بالمناظرة أي استمهالهم للتأمل في رجوعهم ولا يتقيد الإمهال بمدة ولا يؤخره إن ظهر أن استمهالهم لأجل مدد.

وَلاَ يُقْتَلُ أَسِيرُهُمْ، وَلاَ يُذَفَّفُ عَلَى جَرِيحِهِمْ، وَلاَ يُغْنَمُ مَالُهُمْ.

تعالى، فإن طلبوا من الإمام الإمهال اجتهد وفعل ما رآه صواباً.

[القَوْلُ فِي أَسِيرِ الْبُغَاةِ وَمَالِهِمْ]

(ولا يقتل) مدبرهم[١] ولا من ألقى سلاحه وأعرض عن القتال ولا (أسيرهم ولا يذفف) بالمعجمة ـ أي لا يسرع (على جريحهم) بالقتال (ولا يغنم مالهم) لقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ﴾ [الحجرات: ٩] والفيئة: الرجوع عن القتال بالهزيمة وروى ابن أبي شيبة أن علياً رضي الله تعالى عنه أمر مناديه يوم الجمل فنادى: لا يتبع مدبر[٢]، ولا يذفف على جريح، ولا يقتل أسير، ومن أغلق بابه فهو آمن، ومن ألقى سلاحه فهو آمن، ولأن قتالهم شرع للدفع عن منع الطاعة، وقد زال.

تنبيه ـ قد يفهم من منع قتل هؤلاء وجوب القصاص بقتلهم، والأصح أنه لا قصاص[٣]، لشبهة أبي حنيفة[٤].

ولا يطلق أسيرهم ولو كان صبياً أو امرأة أو عبداً حتى ينقضي الحرب ويتفرق جمعهم، ولا يتوقع عودهم، إلا أن يطيع الأسير باختياره، فيطلق قبل ذلك وهذا في الرجل الحر، وكذا في الصبي والمرأة والعبد إن كانوا مقاتلين، وإلا أطلقوا بمجرد انقضاء الحرب ويرد لهم ـ بعد أمن شرهم بعودهم إلى الطاعة، أو تفرقهم وعدم توقع عودهم ـ ما أخذ منهم من سلاح وخيل، وغير ذلك.

ويحرم استعمال شيء من سلاحهم وخيلهم، وغيرهما من أموالهم، لعموم قوله ﷺ: «لاَ يَحِلُّ مَالُ آمْرِىءٍ مُسْلِمٍ إلاَّ بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ» إلا لضرورة كما إذا خفنا انهزام أهل

---

(١) أي ما لم يكن متحرفاً لقتال أو متحيزاً إلى فئة لأن القصد ردهم للطاعة ويقاتلهم بالأسهل فالأسهل لأنهم كالصائل.

(٢) وقد استثنى الإمام ما إذا أيس من صلحهم لتمكن الضلال منهم وخشي عودهم عليه بشر فيجوز الاتباع والتذفيف كما فعل عليّ رضي الله عنه بالخوارج.

(٣) هو المعتمد ويجب دية وكفارة ق ل وهذا في خصوص المدبرين لأن شبهة أبي حنيفة فيهم وأما بقية الأقسام ففيهم القصاص إذا وجدت شروطه.

(٤) فإنه يرى قتل مدبرهم.

. . . .

العدل ولم نجد غير خيولهم فيجوز لأهل العدل ركوبها، ولا يقاتلون بما يعم كنار ومنجنيق ولا يستعان عليهم بكافر لأنه يحرم تسليطه على المسلم، إلا لضرورة ـ بأن كثروا وأحاطوا بنا ـ فيقاتلون بما يعم كنار ومنجنيق، ولا بمن يرى قتلهم مدبرين لعداوة أو اعتقاد كالحنفي[1]، والإمام لا يرى ذلك إبقاء عليهم.

[القَوْلُ فِي إِحْصَارِ الْبُغَاةِ]

ولا يجوز إحصارهم بمنع طعام وشراب، إلا على الإمام في أهل قلعة ولا يجوز عقر خيولهم[2] إلا إذا قاتلوا عليها، ولا قطع أشجارهم أو زروعهم.

[القَوْلُ فِي مُقَاوَمَةِ أَهْلِ الْبَغْيِ]

ويلزم الواحد ـ كما قال المتولي ـ من أهل العدل مصابرة اثنين من البغاة كما يجب على المسلم أن يصبر لكافرين، فلا يولي إلا متحرفاً لقتال أو متحيزاً إلى فئة.

قال الشافعي: يكره للعادل أن يعمد إلى قتل ذي رحمه من أهل البغي وحكم دار البغي كحكم دار الإسلام، فإذا جرى فيها ما يوجب إقامة حد أقامه الإمام المستولي عليها، ولو سبى المشركون طائفة من البغاة وقدر أهل العدل على استنقاذهم لزمهم ذلك.

---

(١) استشكل بجواز استخلاف الإمام للحنفي. وأجيب بأنه هنا أي فيما إذا استعان بمن يرى قتلهم مدبرين من غير استخلاف له ينفرد برأيه وهناك أي فيما إذا استخلف الإمام الشافعي حنفياً تحت يد الإمام ورأيه ففعله منسوب إليه فامتنع قتله مدبرين.

(٢) ثم إذا كان في غير القتال أو فيه لا لضرورة ضمنوا ما لم يقصدوا إضعافهم وهزيمتهم وإلا فلا ضمان وإن كان في القتال لضرورته فلا ضمان وكذا يقال فيما بعده وعبارة شرح المنهج وما أتلفوه علينا أو عكسه لضرورة حرب هدر اقتداء بالسلف ولأنا مأمورون بالحرب فلا نضمن ما يتولد منها بخلاف ذلك في غير الحرب. قيده الماوردي بما إذا قصد أهل العدل التشفي والانتقام لا إضعافهم وهزيمتهم وبه يعلم جواز عقر دوابهم إذا قاتلوا عليها لأنا إذا جوّزنا إتلاف أموالهم خارج الحرب لإضعافهم فهذا أولى.

. . . .

[القَوْلُ فِي شُرُوطِ الإِمَامِ الأَعْظَمِ]

تتمة ـ في شروط[١] الإمام الأعظم، وفي بيان طرق انعقاد الإمامة وهي فرض كفاية كالقضاء.

فشرط الإمام: كونه أهلاً للقضاء[٢]، قرشياً، لخبر: «الأَئِمَّةُ مِنْ قُرَيْشٍ»[٣] شجاعاً ليغزو بنفسه، وتعتبر سلامته من نقص يمنع استيفاء الحركة وسرعة النهوض كما دخل في الشجاعة.

[القَوْلُ فِيمَا تَنْعَقِدُ بِهِ الإِمَامَةُ]

وتنعقد الإمامة بثلاثة طرق:

(١) عقب البغاة بهذا لأن البغي هو الخروج على الإمام الأعظم القائم بخلافة النبوّة في إقامة الدين وسياسة الدنيا شرح م ر (قوله الإمام الأعظم) ويجوز أن يقال للإمام الخليفة وأمير المؤمنين قال البغوي وإن كان فاسقاً قال الماوردي ويقال خليفة رسول الله ﷺ لا خليفة الله عند الجمهور اهـ ز ي وعللوه بأنه إنما يستخلف من يغيب والله سبحانه وتعالى منزه عن ذلك وقد قيل لأبي بكر يا خليفة الله فقال لست بخليفة الله بل خليفة رسول الله وجوّز بعضهم ذلك لقوله تعالى ﴿هو الذي جعلكم خلائف في الأرض﴾اهـ والأصح عدم الجواز وهذه الشروط تعتبر في الدوام أيضاً إلا الفسق وزوال إحدى اليدين أو الرجلين وإلا إذا كان الجنون متقطعاً وزمن الإفاقة أغلب.

(٢) بأن يكون مسلماً بالغاً عاقلاً ذكراً حراً عدلاً ذا رأي وسمع وبصر ونطق وهذا عند التمكن فلو دعت ضرورة إلى تولية فاسق جاز بناء على أن الإمام لا ينعزل بالفسق قاله المتولي وذكره القاضي في الوصايا. وقال الشيخ عز الدين إذا تعذرت العدالة في الأئمة والحكام قدمنا أقلهم فسقاً قال الأذرعي وهو متعين إذ لا سبيل إلى ترك الناس فوضى أي لا إمام لهم. وقوله بأن يكون مسلماً أي ليراعي مصلحة الإسلام والمسلمين وقوله بالغاً أي ليلي أمر غيره قال ابن حجر لأن غيره في ولاية غيره وحجره فكيف يلي أمر الأمة وروى أحمد خبر «نعوذ بالله من إمارة الصبيان» وقوله حراً أي ليكمل ويهاب ويتفرّغ وما ورد من أنه ﷺ قال «اسمعوا وأطيعوا وإن أمر عليكم عبد حبشي مجدع الأطراف» محمول على غير الإمامة العظمى أو محمول على الحث في بذل الطاعة للإمام أو على المتغلب الآتي اهـ ز ي مع زيادة ق ل وقوله مجدع الأطراف ضبطه ابن الأثير في نهايته بالجيم والدال المهملة ويجوز أي يكون بالخاء والذال المعجمتين ومعناه على كليهما مقطع الأطراف.

(٣) أخرجه النسائي في الكبرى وأحمد ٣/ ١٢٩ وابن أبن عاصم في السنة (١١٢٠) والبيهقي ٣/ ١٢١، وأبو نعيم في الحلية ٨/ ١٢٢ وانظر التلخيص ٤/ ٤٢.

. . . .

الأولى: ببيعة أهل الحل والعقد من العلماء ووجوه الناس المتيسر اجتماعهم فلا يعتبر فيها عدد، ويعتبر اتصاف المبايع بصفة الشهود.

والثانية: باستخلاف الإمام من عينه في حياته، كما عهد أبو بكر[(١)] لعمر رضي الله تعالى عنهما، ويشترط القبول في حياته وكجعله الأمر في الخلافة تشاوراً بين جمع، كما جعل عمر الأمر شورى[(٢)] بين ستة: عليّ، والزبير وعثمان، وعبدالرحمن بن عوف، وسعد بن أبي وقاص، وطلحة فاتفقوا على عثمان.

والثالثة: باستيلاء شخص متغلب على الإقامة، ولو غير أهل لها، نعم الكافر إذا تغلب لا تنعقد إمامته، لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [النساء: ١٤١] وتجب طاعة الإمام وإن كان جائراً فيما يجوز من أمره ونهيه،

---

(١) حاصله أن أبا بكر لما ثقل عليه المرض دعا جماعة من الصحابة واستخبر عن حال عمر منهم فأثنوا عليه ومنهم عثمان وعبد الرحمن بن عوف ثم أمر عثمان «أن يكتب بسم الله الرحمٰن الرحيم هذا ما عهد أبو بكر بن أبي قحافة في آخرة عهده بالدنيا خارجاً منها وعند أوّل عهده بالآخرة داخلاً فيها حيث يؤمن فيها الكافر ويتقي فيها الفاجر ويصدّق فيها الكاذب إني استخلفت عليكم بعدي عمر بن الخطاب فاسمعوا له وأطيعوا فإن عدل فذاك ظني وعلمي به وإن بدل فلكل امرىء ما اكتسب والخير أردت ولا أعلم الغيب وسيعلم الذين ظلموا أي منقلب ينقلبون والسلام عليكم ورحمة الله» ثم أمر واحداً بختم الكتاب فختمه ثم أمر عثمان فخرج بالكتاب مختوماً فبايع الناس ورضوا به ثم دعا أبو بكر عمر خالياً فأوصاه بما أوصاه ثم خرج من عنده فرفع أبو بكر يده ودعا له بدعوات مذكورة في الصواعق لابن حجر. والكاف في قوله كما للتمثيل وفي قوله كجعله للتنظيم وعلم من قوله كما عهده الخ أن الاستخلاف المذكور يسمى عهداً.

(٢) فإن قيل كان بعض هؤلاء الستة أفضل من بعض وكان رأي عمر أن الأحق بالخلافة أفضلهم وأنه لا يصح ولاية المفضول مع وجود الفاضل. والجواب أنه لو صرح بالأفضل منهم لكان قد نص على استخلافه وقد قصد أن لا يتقلد العهد في ذلك فجعلها في ستة متقاربين في الفضل لأنه يتحقق أنهم لا يجتمعون على تولية المفضول وأن المفضول منهم لا يتقدم على الفاضل ولا يتكلم في منزلة وغيره أحق بها منه وعلم رضا الأمة بمن رضي به الستة شوبري وقوله أن لا يتقلد العهد جعل العهد كالقلادة في عنقه.

. . . .

لخبر: «اسْمَعُوا وأَطِيعُوا وَإِنْ أُمِّرَ عَلَيْكُمْ عَبْدٌ حَبَشِيٌّ مُجَدَّعُ الأَطْرَافِ»، ولأن المقصود من نصبه اتحاد الكلمة، ولا يحصل ذلك إلا بوجوب الطاعة.

فَصْلٌ في الرِّدَّة[1] أَعَاذَنَا اللَّهُ تَعَالَى مِنْهَا

وهي لغة: الرجوع عن الشيء إلى غيره، وهي من أفحش الكفر وأغلظه حكماً محبطة للعمل إن اتصلت بالموت، وإلا حبط ثوابه كما نقله في المهمات عن نص الشافعي، وشرعاً: قطع من يصح طلاقه استمرار الإسلام ويحصل قطعه بأمور: بنية كفر، أو فعل مكفر، أو قول مكفر.

سواء أقاله استهزاء. أم اعتقاداً. أم عناداً لقوله تعالى: ﴿قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ. لاَ تَعْتَذِرُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ﴾ [التوبة: ٦٥، ٦٦].

القَوْلُ فِيمَا يُوجِب الرِّدَّةَ

فمن نفى الصانع. وهو الله سبحانه وتعالى. وهم الدهريون الزاعمون أن العالم لم يزل موجوداً كذلك بلا صانع، أو نفى الرسل بأن قال: لم يرسلهم الله تعالى. أو نفى نبوة نبي أو كذب رسولاً أو نبياً أو سبه[2] أو استخف به[3] أو باسمه. أو باسم

---

(١) هذا شروع في الطائفة الثانية وهي أهل الردة ووجوب قتالهم مأخوذ من فعل أبي بكر لأنه قاتل أهل اليمامة لما ارتدوا بعد موته ﷺ وإنما ذكرت ههنا لأنها جناية على الدين وما تقدم جناية على النفس وأخرها لكثرة وقوع ما قبلها وكان حدها القتل لأنه الممكن في قطع آلتها لأنها اعتقاد يخشى دوامه وهي أفحش أنواع الكبائر بعد الشرك بالله تعالى ومنه أو هي منه وهي أفحش منه ويليها القتل ظلماً ثم الزنا ثم القذف ثم السرقة وهذه الكليات الخمس المشروعة حدودها لحفظ الدين والنفس والنسب والعرض والمال وأخر الردة عن القتل مع أنها أفحش منه كما مر لعمومه وكثرته وحصوله ممن لا توجد الردة منه.

(٢) وقصد تحقيره ولو بتصغير اسمه أو سب الملائكة أو ضلل الأمة.

(٣) أي تهاون به أو باسمه كأن ألقاه في قاذورة أو صغره بأن قال محيمد قال الزيادي وكذلك قذف عائشة وإنكار صحبة أبيها بخلاف بقية الصحابة والرضا بالكفر كأن قال لمن طلب منه تلقين الإسلام اصبر ساعة.

. . . .

الله، أو بأمره أو وعده أو جحد آية من القرآن مجمعاً على ثبوتها. أو زاد فيه آية معتقداً أنها منه. أو استخف بسنّة كما لو قيل له: قلّم أظافرك فإنه سنة فقال: لا أفعل وإن كانت سنة وقصد الاستهزاء بذلك، أو قال: لو أمرني الله ورسوله بكذا ما فعلته. أو قال: إن كان ما قاله الأنبياء صدقاً نجونا. أو قال لا أدري النبي إنسي أو جني؟ أو قال لا أدري ما الإيمان؟ احتقاراً أو قال لمن حوقل: لا حول لا تغني من جوع أو قال المظلوم: هذا بتقدير الله تعالى فقال الظالم: أنا أفعل بغير تقديره أو أشار بالكفر على مسلم. أو على كافر أراد الإسلام أو لم يلقن الإسلام طالبه منه. أوكفر مسلماً بلا تأويل للمكفر بكفر النعمة كما نقله في الروضة عن المتولي وأقره، أو حلل محرماً بالإجماع[1] كالزنا واللواط والظلم وشرب الخمر أو حرم حلالاً بالإجماع كالنكاح والبيع، أو نفى وجوب مجمع عليه كأن نفى ركعة من الصلوات الخمس، أو اعتقد وجوب ما ليس بواجب بالإجماع كزيادة ركعة في الصلوات الخمس، أو عزم على الكفر غداً، أو تردد فيه[2] حالاً، كفر في جميع هذه المسائل المذكورة، وهذا باب لا **ساحل له**.

(١) أي إجماع الأئمة الأربعة ولا بد أن يكون معلوماً بالضرورة فخرج إنكار أن لبنت الابن السدس مع بنت الصلب تكملة الثلثين فلا يكفر به ولو من عالم خلافاً لبعضهم ق ل ولو تمنى شخص أن لا يحرم الله الخمر أو لا يحرم المناكحة بين الأخ والأخت لا يكفر بخلاف ما لو تمنى أن لا يحرم الله الظلم والزنا وقتل النفس بغير حق فإنه يكفر. والضابط أن ما كان حلالاً في زمان فتمنى حله لا يكفر لأن نكاح الأخ لأخته كان حلالاً في زمن آدم.

(٢) أي الكفر أي هل يكفر أولا وإنما كان مكفراً لأن استدامة الإيمان واجبة والتردد ينافيها شرح الروض. فإن قلت التردد من أيّ قسم من الأقسام. قلت من قسم الفعل لأنهم أرادوا بالفعل ما يشمل القلبي كما قرره شيخنا العشماوي قال م د وبعضهم جعله شاملاً للتردد في إيجاد فعل مكفر أيضاً كما لو تردد في إلقاء مصحف بقاذورة وهو ظاهر ما في المنهج وفيه نظر فراجعه وعبارته كنفي الصانع أو نفي نبي أو تكذيبه أو جحد مجمع عليه معلوم من الدين ضرورة بلا عذر أو تردد في كفر أو إلقاء مصحف بقاذورة اهـ فقوله أو إلقاء مصحف معطوف على نفي الصانع لا على كفر إذ لو عطف عليه لاقتضى أن التردد في الإلقاء كفر فيه نظر صرح به الرملي في حاشيته على الروض. أقول وينبغي عدم الكفر به لكن قضية قوله أو تردد في كفر أنه يكفر لأن إلقاء المصحف كفر فالتردد فيه تردد في الكفر.

وَمَنِ ارْتَدَّ عَنِ الإِسْلاَم اسْتُتِيبَ ثَلاَثاً، فَإِنْ تَابَ

والفعل المكفر: ما تعمده صاحبه استهزاء صريحاً بالدين، أو جحوداً له. كإلقاء المصحف[1] ـ وهو اسم وللمكتوب بين الدفتين بقاذورة، وسجود لمخلوق، كصنم وشمس.

وخرج بقولنا «قطع من يصح طلاقه» الصبي ولو مميزاً، والمجنون فلا تصح ردتيهما، لعدم تكليفهما والمكره، لقوله تعالى: ﴿إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمانِ﴾ [النحل: ١٠٦] ودخل فيه السكران المتعدي بسكره فتصح ردته كطلاقه وسائر تصرفاته وإسلامه عن ردته.

[القَوْلُ فِيمَا يُفْعَلُ بِالْمُرْتَدِّ]

(من ارتد) من رجل أو امرأة (عن دين الإسلام) بشيء مما تقدم بيانه أو بغيره مما تقرر في المبسوطات وغيرها (استتيب) وجوباً قبل قتله، لأنه كان محترماً بالإسلام، فربما عرضت عليه شبهة فيسعى في إزالتها، لأن الغالب أن الردة تكون عن شبهة عرضت، وثبت وجوب الاستتابة عن عمر رضي الله تعالى عنه. وروى الدارقطني عن جابر أن امرأة يقال لها أم رومان ارتدت. فَأَمَرَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يُعْرَضَ عَلَيْهَا الإِسْلاَمُ. فَإِنْ تَابَتْ. وَإِلاَّ قُتِلَتْ. ولا يعارض هذا النهي عن قتل النساء الذي استدل به أبو حنيفة. لأن ذلك محمول على الحربيات وهذا على المرتدات. والاستتابة تكون حالاً. لأن قتله المرتب عليها حد فلا يؤخر كسائر الحدود. نعم إن كان سكران سن التأخير إلى الصحو. وفي قوله يمهل فيها (ثلاثاً) أي ثلاثة أيام. لأثر، عن عمر رضي الله تعالى عنه في ذلك وأخذ به الإمام مالك. وقال الزهري: يدعى إلى الإسلام ثلاث مرات، فإن أبى قتل. وحمل بعضهم كلام المتن على هذا، وعلى كل حال هو ضعيف وعن عليّ رضي الله تعالى عنه أنه يستتاب شهرين (فإن تاب) بالعود إلى

(١) أو نحوه مما فيه شيء من القرآن بل اسم معظم من الحديث قال الروياني أو من علم شرعي والإلقاء ليس بقيد بل المدار على مماسته بقذر ولو طاهراً والحديث في كلامه شامل للضعيف وهو ظاهر لأن في إلقائه استخفافاً بمن نسب إليه وخرج بالضعيف الموضوع.

صَحَّ إِسْلاَمُهُ، وَإِلاَّ قُتِلَ، وَلَمْ يُغَسَّلْ، وَلَمْ يُصَلَّ عَلَيْهِ. وَلَمْ يُدْفَنْ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ.

الإسلام (صح إسلامه) وترك ولو كان زنديقاً، أو تكرر ذلك، لآية: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨] وخبر: «فَإِذَا قَالُوهَا عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ إِلاَّ بِحَقِّ الإِسْلاَمِ»، والزنديق هو: من يخفي الكفر ويظهر الإسلام كما قاله الشيخان في هذا الباب وباَبي صفة الأئمة والفرائض، أو من لا ينتحل ديناً كما قالاه في اللعان وصوبه في المهمات ثم (وإلا) أي: وإن لم يتب في الحال (قتل) وجوباً، لخبر البخاري: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ» أي بضرب عنقه، دون الإحراق وغيره كما جزم به في الروضة، للأمر بإحسان القتلة (ولم يغسل) أي: لا يجب غسله، لخروجه عن أهلية الوجوب بالردة، لكن يجوز كما قاله في الروضة في الجنائز (ولم يصل عليه) لتحريمها على الكافر، قال الله تعالى: ﴿وَلاَ تُصَلِّ عَلَى أَحَدٍ مِنْهُمْ مَاتَ أَبَداً﴾ [التوبة: ٨٤].

تنبيه ـ سكت المصنف عن تكفينه، وحكمه الجواز كغسله.

(ولم يدفن) أي: لا يجوز دفنه (في مقابر المسلمين) لخروجه عنهم بالردة، ويجوز دفنه في مقابر الكفار، ولا يجب كالحربي كما قال في الروضة، وما اقتضاه كلام الدميري من دفنه بين مقابر المسلمين والكفار كما تقدم له من حرمة الإسلام لا أصل له، لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ﴾ [البقرة: ٢١٧] الآية.

ويجب تفصيل الشهادة[١] بالردة لاختلاف الناس فيما يوجبها، ولو ادعى مدعى عليه بردة إكراهاً وقد شهدت بينة بلفظ كفر أو فعله حلف فيصدق ولو بلا قرينة[٢]، لأنه

---

(١) أي بأن يذكر موجبها وإن لم يقل عالماً مختاراً وهذا ضعيف والذي في متن المنهاج أنه تكفي الشهادة المطلقة بها لأنها لخطرها لا يقدم العدل على الشهادة بها إلا بعد تحققها.

(٢) وفارق الطلاق في عدم القرينة بأنه حق آدمي وبحقن الدماء.

. . . .

لم يكذب الشهود، أو شهدت بردته وأطلقت لم تقبل[١] لما مر[٢]، ولو قال أحد ابنين مسلمين: مات أبي مرتداً، فإن بين سبب ردته كسجود لصنم فنصيبه فيما ترك لبيت المال، وإن أطلق استفصل: فإن ذكر ما هو ردة كان فيئاً، أو غيرها كقوله: كان يشرب الخمر، صرف إليه، وهذا هو الأظهر[٣] في أصل الروضة، وما في المنهاج من أن الأظهر أنه فيء أيضاً ضعيف.

تتمة ـ فرع المرتد إن انعقد قبل الردة، أو فيها وأحد أصوله مسلم فمسلم تبعاً له والإسلام يعلو أو أصوله مرتدون فمرتد تبعاً، لا مسلم ولا كافر أصلي، فلا يسترق، ولا يقتل حتى يبلغ ويستتاب، فإن لم يتب قتل.

واختلف في الميت[٤] من أولاد الكفار قبل بلوغه، والصحيح كما في المجموع

---

(١) أي بل هو الذي يصدّق سواء أكان معه قرينة على الإكراه أو لا وظاهر أنه يصدّق من غير يمين حيث قال فيما قبله حلف وقال في هذا لم تقبل ويؤيده أن الشهادة باطلة على طريقته لعدم التفصيل فجانب مدعي الإكراه أولى فكأنه لم يشهد عليه أحد أصلاً اهـ وما ذكره مبني على وجوب التفصيل وهو خلافة المعتمد وكذا قوله فإن بين سبب ردته الخ.

(٢) أي لاختلاف الناس فيما يوجبها أو من وجوب تفصيل الشهادة.

(٣) في أصل الروضة فإن أصرّ على عدم التفصيل ولم يبين شيئاً فالأوجه عدم حرمانه من إرثه وإن اعتبرنا التفصيل في الشهادة بالردة على القول به لظهور الفرق بينهما.

(٤) هذا مبني على محذوف صرح به البعض فقال هذا كله في أحكام الدنيا أما في الآخرة فكل من مات قبل البلوغ من أولاد الكفار الأصليين والمرتدين فهو في الجنة على الأصح ومحل الخلاف إذا لم يأت بالشهادتين في حال صغره ثم يموت في صغره أما إذا كان كذلك فإن ذلك ينفعه ويكون في الجنة قطعاً، وقولهم إن إسلام الصغير غير نافع أي بالنسبة لأمر الدنيا أما في الآخرة فإنه نافع قطعاً كما أشار إلى ذلك ابن حجر في شرح المنهاج وشرح الإرشاد وهذا الخلاف في أولاد كفار هذه الأمة. أما أولاد كفار غيرها ففي النار قولاً واحداً لكن من غير تعذيب وقيل الخلاف في أولاد كفار غير هذه الأمة أما الأولاد كفار هذه الأمة ففي الجنة قولاً واحداً. وعبارة ابن حجر في الفتاوى سئل نفع الله به بما لفظه ما محصل اختلاف الناس في الأطفال هل هم في الجنة خدام لأهلها ذكوراً إناثاً وهل تتفاضل درجاتهم في الجنة؟ فأجاب بقوله أما أطفال المسلمين ففي الجنة قطعاً بل إجماعاً والخلاف فيه شاذ بل غلط، وأما أطفال الكفار ففيهم أربعة أقوال: أحدها أنهم في الجنة وعليه المحققون لقوله تعالى ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً﴾

. . . .

في باب صلاة الاستسقاء تبعاً للمحققين أنهم في الجنة، والأكثرون على أنهم في النار، وقيل: على الأعراف[1].

= وقوله تعالى ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾. الثاني أنهم تبعاً لآبائهم ونسبه النووي للأكثرين لكنه نوزع فيه. الثالث الوقف ويعبر عنه بأنهم تحت المشيئة. الرابع أنهم يجمعون يوم القيامة وتؤجج لهم نار ويقال ادخولها فيدخلها من كان في علم الله شقياً ويمسك عنها من كان في علم الله سعيداً لو أدرك العمل اهـ ملخصاً. وسئل العلامة الشوبري عن أطفال المسلمين هل يعذبون بشيء من أنواع العذاب وهل ورد أنهم يسـألون في قبورهم وأن القبر يضمهم وإذا قلتم بذلك فهل يتألمون به أم لا وهل قول القائل إن أطفال المسلمين معذبون هو مصيب فيه أم مخطىء وما الحكم في أطفال المشركين من هذه الأمة هل هم خدم لأهل الجنة أم هم في النار تبعاً لآبائهم أم غير هذا. فأجاب لا يعذبون بشيء من أنواع العذاب على شيء من المعاصي إذ لا تكليف عليهم والعذاب على ذلك خاص بالمكلفين، ولا يسألون في قبورهم كما عليه جماعة وأفتى به شيخ الإسلاح الحافظ ابن حجر، وللحنفية والحنابلة والمالكية قول إن الطفل يسأل ورجحه جماعة من هؤلاء واستدل له بما لا يصح وهو أنه ﷺ لقن ابنه إبراهيم لاحتمال أنه خصوصية ولا يؤيد ذلك ما روي عن أبي هريرة أنه كان يقول في صلاته على الطفل «اللهم أجره من عذاب القبر» لأنه ليس المراد بعذاب القبر ما فيه عقوبة ولا السؤال بل مجرد ألم الهم والغم والوحشة والضغطة التي تعم الأطفال وغيرهم، وأخرج علي بن معين عن رجل قال «كنت عند عائشة فمرت جنازة صبي صغير فقلت ما يبكيك؟ قالت هذا الصبي بكيت شفقة عليه من ضمة القبر» والقائل المذكور إن أراد بيعذبون بالنار أو على المعاصي فغير مصيب بل هو مخطىء أشدّ الخطأ لما تقرر. وأطفال المشركين اختلف العلماء فيهم على نحو عشرة أقوال، الراجح أنهم في الجنة خدم لأهل الجنة وعبارة ابن حجر في فتاويه الصغرى وفي حديث أنهم خدم الجنة فإن صح احتمل أن يكون المراد كناية عن نزول مراتبهم عن مراتب أطفال المسلمين لأنهم مع آبائهم كما نصت عليه آية الطور وأولئك لا آباء لهم يكونون في منزلتهم، وكون الدرجات في الجنة بحسب الأعمال كما ورد في حديث الظاهر أنه في المكلفين على أن تلك الآية تقتضي إلحاق الآباء بالأبناء وعكسه ولو في الدرجات العلية وإن لم يعملوا ما يوصلهم إليهم وفضل الله واسع فيحمل ذلك الحديث إن صح على أنهم فيمن يلحق بغيره في مرتبته ولا فرق بين ذكرهم في ذلك وأنثاهم، قال ابن تيمية والقول بأنهم في الأعراف لا أعرفه عن خبر ولا أثر ولا يعارضه ما مر من قوله تعالى ﴿ولا يلدوا إلا فاجراً كفارا﴾ لأنه مختص بحيّ عاش منهم إلى أن بلغ بدليل قوله ﷺ «كل مولود يولد على الفطرة وإنما أبواه يهوّدانه أو ينصرانه أو يمسجانه» اهـ مع اختصار.

(١) أي عالي السور ويقال لكل عال عرف وهذا أحد أقوال أحد عشر والأعراف مكان بين الجنة النار =

فَصْلٌ

ولو كان أحد أبويه مرتداً والآخر كافراً أصلياً فكافر أصلي: قاله البغوي. وملك المرتد موقوف[١]: إن مات مرتداً بان زواله بالردة، ويقضى منه دين لزمه قبلها وبدل ما أتلفه فيها ويمان منه ممونه من نفسه وبعضه وماله وزوجاته لأنها حقوق متعلقة به. وتصرفه إن لم يحتمل الوقف بأن لم يقبل التعليق كبيع وكتابة ـ باطل، لعدم احتمال الوقف وإن احتمله بأن قبل التعليق كعتق ووصية ـ فموقوف ـ إن أسلم نفذ. وإلا فلا، ويجعل ماله عند عدل. وأمته عند نحو محرم. كامرأة ثقة. ويؤدي مكاتبه النجوم للقاضي حفظ لها، ويعتق بذلك أيضاً. وإنما لم يقبضها المرتد لأن قبضه غير معتبر.

فَصْلٌ فِي تَارِكِ الصَّلَاةِ

«المفروضة على الأعيان أصالة، جحداً أو غيره، وبيان حكمه» وذكره المصنف عقب الردة لاشتماله على شيء من أحكامها. ففيه مناسبة وإن كان مخالفاً لغيره من

كما قاله ع ش والذي ارتضاه الجلال أن الأعراف سور الجنة أي حائطها المحيط بها وهو المناسب لكلام الشارح حيث قال على الأعراف ولم يقل في الأعراف وقال تعالى ﴿وعلى الأعراف رجال﴾. وقد اختلف العلماء في تعيين أهل الأعراف على اثني عشر قولاً: الأول أنه من تساوت حسناتهم وسيئاتهم كما قاله ابن مسعود وكعب الأحبار وابن عباس. الثاني قوم صالحون فقهاء علماء قاله مجاهد. الثالث هم الشهداء. الرابع هم فضلاء المؤمنين والشهداء. الخامس المستشهدون في سبيل الله خرجوا عصاة لوالديهم ويدل له قوله ﷺ «تعادل عقوقهم واستشهادهم». السادس هم العباس وحمزة وعليّ بن أبي طالب وجعفر ذو الجناحين يعرف محبوبهم ببياض الوجوه ومبغوضهم بسوادها. السابع هم عدول القيامة الذين يشهدون على الناس. الثامن هم قوم أحباء. التاسع هم قوم كانت لهم صغائر. العاشر هم أصحاب الذنوب العظام من أهل القيامة. الحادي عشر أنهم أولاد الزنا وروي ذلك عن ابن عباس. الثاني عشر أنهم الملائكة الموكلون بهذا السور الذين يميزون المؤمنين من الكافرين قبل إدخالهم الجنة والنار.

(١) هذا هو الصحيح من أقوال ثلاثة: زواله قطعاً وإن كان يعود له بالإسلام وبقاؤه قطعاً والثالث موقوف ومحل الخلاف في غير المكاتب وأم الولد أما هما فموقوفان قولاً واحداً حتى يعتقان بالموت أو أداء النجوم ومحله أيضاً في غير حطب وصيد ملكهما قبل الردة ثم ارتد ففيهما قولان قيل فيء لبيت المال وقيل باقيان على الإباحة ولا وقف.

وَتَارِكُ الصَّلَاةِ عَلَى ضَرْبَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنْ يَتْرُكَهَا غَيْرَ مُعْتَقِدٍ لِوُجُوبِهَا، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُرْتَدِّ.

المصنفين فيما علمت. فإن الغزالي ذكره بعد الجنائز وذكره جماعة قبل الأذان ذكره المزني والجمهور قبل الجنائز وتبعهم المنهاج كأصله. قال الرافعي: ولعله أليق.

(و) المكلف (تارك الصلاة) المعهودة شرعاً: الصادقة بإحدى الخمس (على ضربين): إذ الترك سببه جحد، أو كسل (أحدهما: أن يتركها غير معتقد لوجوبها) عليه: جحداً، بأن أنكرها بعد علمه به، أو عناداً[1] كما هو في القوت عن الدارمي (فحكمه) في وجوب استتابته وقتله وجواز غسله وتكفينه. وحرمة الصلاة عليه ودفنه في مقابر المشركين[2] (حكم المرتد)[3] على ما سبق بيانه في موضوعه. ومن غير فرق. وكفره بجحده فقط، لا به مع الترك. وإنما ذكره المصنف لأجل التقسيم، لأن الجحد لو انفرد كما لو صلى جاحداً للوجوب كان مقتضياً للكفر. لإنكاره ما هو

---

(١) العناد مخالفة الحق ورده على قائله مع العلم به ففي إدخاله تحت قول المصنف غير معتقد لوجوبها نظر إلا أن يؤوّل ما في المتن بأن المراد غير مذعن ومسلم لوجوبها وحينئذ يصدق بالجحد الذي سبقه علم ثم طرأ عدم الاعتقاد ويصدق بالعناد الذي بقي معه العلم ولكنه لا يقبل الحق ظاهراً. ويحتمل أن قوله أو عناداً عطف على قول المتن غير معتقد فهو زائد على كلام المتن والإذعان هو قبول قول الغير من غير معارض مع العمل بمقتضاه.

(٢) عطف على غسله لا على الصلاة عليه وإنما قدم الحكم عليها على الدفن لأنها مقدمة عليه غالباً وفي نسخة في مقابر المسلمين فهو حينئذ عطف على الصلاة عليه.

(٣) فيه نظر لأنه نفسه مرتد ففيه تشبيه الشيء بنفسه إلا أن يقال كالمرتد المطلق فهو من تشبيه الخاص بالعام. الأولى أن يقول ولأن بالواو عطفاً على قوله لإنكاره وليس علة لقوله أولى وعبارة حج كفر لأن ذلك تكذيب أي سواء كان من أحكام الدين أو لا فيدخل في ذلك جحد مكة والمدينة فهو كفر لوجود الطواف والسعي بمكة ولوجود النبيّ ﷺ بالمدينة فالمجمع عليه الدنيوي مقيداً إنكاره بما تعلق به حق شرعي لأنه يجب على الآباء والأمهات تعليم أولادهم أن النبيّ ﷺ ولد بمكة وهاجر منها إلى المدينة ودفن بها فيكون ذلك واجباً على كل أحد فصار معلوماً من الدين بالضرورة وكذا إنكار الثواب والعقاب والحساب وإنكار الجنة والنار أي في الآخرة أما إنكارهما وعدم وجودهما الآن فليس كفر لقول بعضهم إنهما غير موجودين في الدنيا وكذا إنكار الصراط والميزان ليس كفراً.

وَالثَّانِي: أَنْ يَتْرُكَهَا كَسَلاً مُعْتَقِداً لِوُجُوبِها، فَيُسْتَتَابُ، فَإِنْ تَابَ وَصَلَّى وَإِلاَّ قُتِلَ حَدًّا،

معلوم من الدين بالضرورة فلو اقتصر المصنف على الجحد كان أولى. لأن ذلك تكذيب لله ورسوله، فيكفر به والعياذ بالله تعالى. ونقل الماوردي الإجماع على ذلك وذلك جـار في جحود كل مجمع عليه معلوم من الدين بالضرورة. أما من أنكره جاهلاً لقرب عهده بالإسلام أو نحوه ممن يجوز أن يخفى عليه كمن بلغ مجنوناً ثم أفاق أو نشأ بعيداً عن العلماء فليس مرتداً بل يعرف الوجوب فإن عاد بعد ذلك صار مرتداً.

[القَوْلُ فِي تَارِكِ الصَّلَاةِ كَسَلًا]

(و) الضرب (الثاني: أن يتركها كسلاً) أو تهاوناً (معتقداً لوجوبها) عليه (فيستتاب) قبل القتل لأنه ليس أسوأ حالاً من المرتد. وهي مندوبة كما صححه في التحقيق. وإن كان قضية كلام الروضة والمجموع أنها واجبة كاستتابة المرتد والفرق على الأول أن جريمة المرتد تقتضي الخلود في النار فوجبت الاستتابة رجاء نجاته من ذلك. بخلاف تارك الصلاة فإن عقوبته أخف. لكونه يقتل حداً. بل مقتضى ما قاله النووي في فتاويه من كون الحدود تسقط الإثم أنه لا يبقى عليه شيء بالكلية لأنه قد حد على هذه الجريمة والمستقيل لم يخاطب به وتوبته على الفور لأن الإمهال يؤدي إلى تأخير صلوات (فإن تاب) بأن امتثل الأمر (وصلى) خلي سبيله من غير قتل.

فإن قيل: هذا القتل حد، والحدود لا تسقط بالتوبة. أجيب بأن القتل لا يضاهي الحدود التي وضعت عقوبة على معصية سابقة بل حملاً على هذا ما توجه عليه من الحق، ولهذا لا خلاف في سقوطه بالفعل الذي هو توبة ولا يتخرج على الخلاف في سقوط الحد بالتوبة على الصواب.

(وإلا) أي وإن لم يتب (قتل) بالسيف إن لم يبد عذراً (حداً) لا كفراً لخبر الصحيحين: «أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَشْهَدُوا أَنْ لَا إِلَهَ إِلاَّ اللَّهَ وأَنَّ مُحَمَّداً رَسُول اللَّهِ وَيُقِيمُوا الصَّلاَةَ، وَيُؤْتُوا الزَّكَاةَ. فَإِذَا فَعَلُوا ذلك عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ إِلاَّ بِحَقِّ الإِسْلَامِ، وَحِسَابُهُمْ عَلَى اللَّهِ»[١] فإن أبدى عذراً كأن قال: تركتها ناسياً، أو للبرد

---

(١) أخرجه البخاري ١/ ٧٥ (٢٥) ومسلم ١/ ٥٣ (٣٦/ ٢٢).

. . . .

أو نحو ذلكَ من الأعذار صحيحة كانت في نفس الأمر أو باطلة لم يقتل، لأنه لم يتحقق منه تعمد تأخيرها عن الوقت بغير عذر، لكن نأمره بها بعد ذكر العذر وجوباً في العذر الباطل وندباً في الصحيح، بأن نقول له صلِّ فإن امتنع لم يقتل لذلك، فإن قال: تعمدت تركها بلا عذر، قتل، سواء قال: ولم أصلها، أو سكت لتحقق جنايته بتعمد التأخير.

ويقتل تارك الطهارة للصلاة، لأنه ترك لها، ويقاس بالطهارة الأركان وسائر الشروط، ومحله فيما لا خلاف فيه أو فيه خلاف واه بخلاف القوي، ففي فتاوى القفال، لو ترك فاقد الطهورين الصلاة متعمداً أو مس شافعي الذكر أو لمس المرأة أو توضأ ولم ينوِ وصلى متعمداً لا يقتل، لأن جواز صلاته مختلف فيه.

والصحيح قتله وجوباً بصلاة فقط، لظاهر الخبر، بشرط إخراجها عن وقت الضرورة فيما له وقت ضرورة، بأن تجمع مع الثانية في وقتها فلا يقتل بترك الظهر حتى تغرب الشمس، ولا يترك المغرب حتى يطلع الفجر، ويقتل في الصبح بطلوع الشمس، وفي العصر بغروبها، وفي العشاء بطلوع الفجر، فيطلب بأدائها إذا ضاق وقتها، وبتوعد القتل إن أخرجها عن الوقت، فإن أصر وأخرجها استوجب القتل فقول الروضة «يقتل بتركها إذا ضاق وقتها» محمول على مقدمات القتل، بقرينة كلامها بعد، وما قيل من أنه لا يقتل بل يعزر يحبس حتى يصلي كترك الصوم والزكاة والحج لخبر: «لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِإِحْدَى ثَلَاثٍ، الثَّيِّبُ الزَّانِي، والنَّفْسُ بِالنَّفْسِ، والتَّارِكُ لِدِينِهِ الْمُفَارِقُ لِلْجَمَاعَةِ»[1] ولأنه لا يقتل بترك القضاء مردود بأن القياس، متروك بالنصوص، والخبر عام مخصوص بما ذكر، وقتله خارج الوقت إنما هو للترك بلا عذر، على أنا نمنع أنه لا يقتل بترك القضاء مطلقاً. بل فيه تفصيل يأتي في خاتمة الفصل، ويقتل بترك الجمعة وإن قال: أصليها ظهراً كما في زيادة الروضة عن الشاشي[2]، لتركها بلا قضاء إذ الظهر ليس قضاء عنها ويقتل بخروج وقتها بحيث لا

(١) أخرجه البخاري ١٢/ ٢٠١ (٦٨٧٨) ومسلم ٣/ ١٣٠٢ (٢٥/ ١٦٧٦).

(٢) في ط الشافعي.

وَكَانَ حُكْمُهُ حُكْمُ الْمُسْلِمِينَ . .

يتمكن من فعلها إن لم يتب فإن تاب لم يقتل، وتوبته أن يقول: لا أتركها بعد ذلك كسلاً، وهذا فيمن تلزمه الجمعة إجماعاً، فإن أبا حنيفة يقول: لا جمعة إلا على أهل مصر جامع وقوله جامع صفة لمصر.

(وحكمه) بعد قتله (حكم المسلمين) في وجوب الدفن في مقابر المسلمين وفي وجوب الغسل والصلاة عليه ولا يطمس قبره كسائر أصحاب الكبائر من المسلمين.

خاتمة ـ من ترك الصلاة بعذر كنوم أو نسيان لم يلزمه قضاؤها فوراً لكن يسن له المبادرة بها، أو بلا عذر لزمه قضاؤها فوراً لتقصيره، لكن لا يقتل بفائتة فاتته بعذر، لأن وقتها موسع، أو بلا عذره، وقال: أصليها لم يقتل لتوبته بخلاف ما إذا لم يقل ذلك كما مرت الإشارة إليه، ولو ترك منذورة مؤقتة لم يقتل كما علم من تقييد الصلاة بإحدى الخمس لأنه الذي أوجبها على نفسه.

قال الغزالي: ولو زعم زاعم أن بينه وبين الله تعالى حالة أسقطت عنه الصلاة وأحلت له شرب الخمر وأكل مال السلطان، كما زعمه بعض من ادعى التصوف فلا شك في وجوب قتله وإن كان في خلوده في النار نظر.

كِتَابُ الجِهَادِ(١)

(كتـاب) أحـكام (الجهـــاد)

أي: القتال في سبيل الله، وما يتعلق ببعض أحكامه.

والأصـل فيـه قبـل الإجمـاع آيـات، كقـولـه تعـالـى: ﴿كُتِـبَ عَلَيْكُـمُ الْقِتَـالُ﴾ [البقرة: ٢١٦] وقوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً﴾(٢) وقوله تعالى: ﴿وَاقْتُلُوهُمْ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [النساء: ٨٩] وأخبار كخبر الصحيحين: «أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ

---

(١) لما فرغ من أحكام المرتدين وأحكام تاركي الصلاة جحداً شرع في الطائفة الثالثة وهي الكفار الأصليون وجواز قتالها مأخوذ من فعل النبيّ ﷺ في غزواته وهي ما خرج فيها بنفسه وبعوثه وهي ما أرسلها وأمّر عليها أميراً. واعلم أن جملة غزواته ﷺ سبع وعشرون غزوة قاتل في ثمان منها بنفسه بدر وأحد والمريسيع والخندق وقريظة وخيبر وحنين والطائف وزاد بعضهم فتح مكة بناء على أنها فتحت عنوة وضم قريظة إلى الخندق فأهمل ذكر قريظة قال ابن تيمية: لا يعلم أنه ﷺ قاتل في غزوات إلا في أحد ولم يقتل أحداً إلا أبيّ بن خلف فلا يفهم من قولهم قاتل في كذا أنه قاتل بنفسه كما فهمه بعض الطلبة ممن لا اطلاع له على أحواله. وقد أجيب عن ذلك بأن المراد قتال أصحابه بحضوره فنسب إليه لكونه سبباً في قتالهم.

وأما سراياه ﷺ: فهي سبع وأربعون سرية وهي من مائة إلى خمسمائة فما زاد منسر بـون فمهملة إلى ثمانمائة فما زاد جيش إلى أربعة آلاف فما زاد جحفل والخميس الجيش العظيم وسمي خميساً لأن له ميمنة وميسرة وأماماً وخلفاً وقلباً وهو وسطه وقد جرت عادة المحدّثين وأهل السير أن يسموا كل عسكر حضره النبيّ ﷺ بنفسه الكريمة غزوة وما لم يحضره بل أرسل بعضاً من أصحابه إلى الغزو سرية وبعثاً اهـ. ملخصاً من المواهب وشرح التحفة لحج ومراده بالأحكام ما يترتب عليه من قوله فيما سيأتي ومن أسر من الكفار على ضربين كما سيشير إلى ذلك بقوله ثم شرع في أحكام الجهاد الخ وبالأحكام أيضاً كونه فرض كفاية أو فرض عين وقوله وما يتعلق ببعض أحكامه كقوله ومن أسلم قبل الأسر.

(٢) هذه آية السيف وقيل قوله ﴿انفروا خفافاً وثقالاً﴾ وقوله كافة حال من الفاعل أو المفعول أو منهما معاً ومعناه جميعاً اهـ م د وقوله من الفاعل فيه نظر لأنه لو جعل حالاً منه لكان متعيناً على كل أحد وليس كذلك فالأحسن أنه حال من المفعول.

حَتَّى يَقُولُوا لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّه»[١] وخبر مسلم: «لَغَدْوَةٌ أَوْ رَوْحَةٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ خَيْرٌ مِنَ الدُّنْيَا وَمَا فِيهَا»[٢].

وقد جرت عادة الأصحاب تبعاً لإمامهم الشافعي رضي الله تعالى عنه أن يذكروا مقدمة في صدر هذا الكتاب، فلنذكر منها نبذة على سبيل التبرُّك، فنقول:

بعث رسول الله ﷺ يوم الاثنين في رمضان وهو ابن أربعين سنة، وقيل: ثلاث وأربعين سنة، وآمنت به خديجة. ثم بعدها قيل: عليّ[٣] وهو ابن تسع سنين، وقيل: عشر، وقيل: أبو بكر وقيل: زيد بن حارثة[٤]، أمر بتبليغ قومه بعد ثلاث سنين من مبعثه ﷺ. وأول ما فرض عليه بعد الإنذار والدعاء إلى التوحيد من قيام الليل ما ذكر في أول سورة المزمل، ثم نسخ بما في آخرها، ثم نسخ بالصلوات الخمس ليلة الإسراء إلى بيت المقدس بمكة بعد النبوّة بعشر سنين وثلاثة أشهر ليلة سبع وعشرين من رجب. وقيل: بعد النبوّة بخمس، أو ست، وقيل: غير ذلك. ثم أمر باستقبال الكعبة ثم فرض الصوم بعد الهجرة بسنتين تقريباً، وفرضت الزكاة بعد الصوم، وقيل: قبله في السنة الثانية من الهجرة، قيل: في نصف شعبان، وقيل: في رجب، ثم حولت القبلة، وفيها فرضت صدقة الفطر وفيها ابتدأ النبيّ ﷺ صلاة عيد الفطر، ثم عيد الأضحى، ثم فرض الحجّ سنة ست، وقيل: سنة خمس، ولم يحجّ ﷺ بعد الهجرة إلا حجة الوداع سنة عشر، واعتمر أربعاً[٥]، وكان الجهاد في عهده ﷺ بعد الهجرة فرض كفاية، وأما بعده ﷺ فللكفار حالان:

---

(١) أخرجه البخاري ١/ ٧٥ (٢٥) ومسلم ١/ ٥٣ (٣٦ ـ ٢٢).

(٢) أخرجه البخاري ١١/ ٢٣٢ (٦٤١٥) ومسلم ٣/ ١٥٠٠ (١١٣ ـ ١٨٨١).

(٣) كان قبل البلوغ وصح ذلك لأن الأحكام كانت منوطة بالتمييز وقيل إنه كان بالغاً وهو ضعيف.

(٤) جمع بأن أول من آمن به من النساء على الإطلاق خديجة ومن الصبيان عليّ ومن الرجال الأحرار أبو بكر ومن الموالي زيد بن حارثة ومن العبيد بلال.

(٥) هي عمرة القضاء أي التي وقع فيها التقاضي والصلح لا القضاء العرفي وعمرة الجعرّانة وعمرة الحديبية والعمرة التي كانت في ضمن حجه بناء على أنه كان قارناً وقيل كان مفرداً بأن أحرم أوّلاً بالحج ثم أدخل عليه العمرة خصوصية له وإن كان لا يجوز لغيره.

وَشَرَائِطُ وُجُوبِ الجِهَادِ سَبْعُ خِصَالٍ: الإِسْلاَمُ، وَالْبُلُوغُ، وَالْعَقْلُ، وَالْحُرِّيَّةُ، والذُّكُورِيَّةُ، والصِّحَّةُ، والطَّاقَةُ عَلَى الْقِتَالِ.

الحال الأول: أن يكونوا ببلادهم، ففرض كفاية إذا فعله من فيهم [كفاية سقط الحرج عن الباقين لأن هذا شأن فروض الكفاية][1] (وشرائط وجوب الجهاد حينئذ (سبع خصال):

الأولى ـ (الإسلام) لقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قَاتِلُوا الَّذِينَ يَلُونَكُمْ مِنَ الْكُفَّارِ**﴾ [التوبة: ١٢٣] الآية، فخوطب به المؤمنون، فلا يجب على الكافر ولو ذمياً، لأنه يبذل الجزية لنذب عنه لا ليذب عنا.

(و) **الثانية** ـ (البلوغ) **والثالثة**، (العقل) فلا جهاد على صبي: ومجنون لعدم تكليفهما، ولقوله تعالى: ﴿**لَيْسَ عَلَى الضُّعَفَاءِ**﴾ [التوبة: ٩١] قيل: هم الصبيان لضعف أبدانهم، وقيل: المجانين لضعف عقولهم ولأن النبيّ ﷺ «رَدَّ ٱبْنَ عُمَرَ يَوْمَ أُحُدٍ، وَأَجَازَهُ فِي الْخَنْدَقِ».

(و) **الرابعة** ـ (الحرية) فلا جهاد على رقيق ولو مبعضاً أو مكاتباً لقوله تعالى: ﴿**وَتُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ**﴾ [الصف: ١١] ولا مال للعبد ولا نفس يملكها، فلم يشمله الخطاب، حتى لو أمره سيده لم يلزمه، كما قاله الإمام، لأنه ليس من أهل هذا الشأن، وليس القتال من الاستخدام المستحق للسيد، لأن الملك لا يقتضي التعرض للهلاك.

(و) **الخامسة** ـ (الذكورة) فلا جهاد على امرأة لضعفها، لقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ**﴾ [الأنفال: ٦٥] وإطلاق لفظ المؤمنين ينصرف للرجال دون النساء، والخنثى كالمرأة، لقوله ﷺ لعائشة وقد سألته في الجهاد «لَكِنْ أَفْضَلُ الْجِهَادِ حَجٌّ مَبْرُورٌ».

(و) **السادسة** ـ (الصحة) فلا جهاد على مريض يتعذر قتاله أو تعظم مشقته.

(و) **السابعة** ـ (الطاقة على القتال) بالبذل والمال، فلا جهاد على أعمى ولا على

---

(٢) ما بين المعكوفين سقط في ط.

ذي عرج بيّن، ولو في رجل واحدة، لقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ، وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ، وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ﴾ [النور: ٦١] فلا عبرة بصداع ووجع ضرس وضعف بصر إن كان يدرك الشخص ويمكنه اتقاء السلاح، ولا عرج يسير لا يمنع المشي والعدو والهرب، ولا على أقطع يد بكاملها أو معظم أصابعها بخلاف فاقد الأقل أو أصابع الرجلين إن أمكنه المشي بغير عرج بيّن، ولا على أشل يد أو معظم أصابعها، لأن مقصود الجهاد بالبطش والنكاية وهو مفقود فيهما، لأن كلاً منهما لا يتمكن من الضرب، ولاعادم أهبة قتال من نفقة وسلاح، وكذا مركوب إن كان سفر قصر، فإن كان دونه لزمه إن كان قادراً على المشي فاضل ذلك عن مؤنة من تلزمه مؤنته كما في الحجّ. ولو مرض بعدما خرج أو فني زاده أو هلكت دابته فهو بالخيار بين أن ينصرف أو يمضي، فإن حضر الوقعة جاز له الرجوع على الصحيح إذا لم يمكنه القتال، فإن أمكنه الرمي بالحجارة فالأصح في زوائد الروضة الرمي بها، على تناقض وقع له فيه ولو كان القتال على باب داره أو حوله سقط اعتبار المؤن، كما ذكره القاضي أبو الطيب وغيره، والضابط الذي يعم ما سبق وغيره: كل عذر منع وجوب حج كفقد زاد وراحلة ـ منع وجوب الجهاد، إلا في خوف طريق من كفار أو من لصوص مسلمين فلا يمنع وجوبه، لأن الخوف يحتمل في هذا السفر، لبناء الجهاد على مصادمة المخاوف، والدين الحال على موسر يحرم على رجل سفر جهاد وسفر غيره إلا بإذن غريمه، والدين المؤجل لا يحرم السفر وإن قرب الأجل ويحرم على رجل جهاد بسفر وغيره إلا بإذن أبويه إن كانا مسلمين، ولو كان الحيّ أحدهما فقط لم يجز إلا بإذنه، وجميع أصوله المسلمين كذلك، ولو وجد الأقرب[1] منهم وأذن بخلاف

---

(١) غاية أي إذا أذن الأقرب لا يجوز السفر حيث منع الأبعد.

فـرع: لا يعتبر إذن الأصل في السفر لطلب علم شرعي ولو كان فرض كفاية أو أمكن في البلد ورجا بخروجه زيادة فراغ أو إرشاد شيخ أو نحو ذلك وله ترك طلب العلم غير المتعين بعد شروعه وإن ظهر انتفاعه لا في صلاة الميت أي إذا شرع فيها لا يجوز قطعها ولا يعتبر الإذن في السفر لتجارة أو غيرها حيث لا خطر فيه كركوب بحر أو بادية مخطرة وإن غلب الأمن اهـ عباب وقوله كركوب بحر مثال للمنفى وقوله مخطرة أي فيها خطر أي خوف.

وَمَنْ أُسِرَ مِنَ الكُفَّارِ فَعَلَى ضَرْبَيْنِ: ضَرْبٌ يَكُونُ رَقِيقاً بِنَفْسِ السَّبِيْ، وَهُمُ الصِّبْيَانُ وَالنِّسَاءُ،

الكافر منهم لا يجب استئذانه، ولا يحرم عليه سفر لتعلم فرض ولو كفاية: كطلب درجة الإفتاء بغير إذن أصله، ولو أذن أصله أو رب الدين في الجهاد، ثم رجع بعد خروجه وعلم بالرجوع وجب رجوعه إن لم يحضر الصف، وإلا حرم انصرافه، لقوله تعالى: ﴿إِذَا لَقِيتُم فِئَةً فَاثْبُتُوا﴾ [الأنفال: ٤٥] ويشترط لوجوب الرجوع أيضاً أن يأمن على نفسه وماله، ولم تنكسر قلوب المسلمين، وإلا فلا يجب الرجوع، بل لا يجوز.

والحال الثاني من حال الكفار: أن يدخلوا بلدة لنا مثلاً، فيلزم أهلها الدفع بالممكن منهم، ويكون الجهاد حينئذ فرض عين، سواء أمكن تأهيلهم لقتال أم لم يمكن: علم كل من قصد أنه إن أخذ قتل أو لم يعلم أنه إن امتنع من الاستسلام قتل، أو لم تأمن المرأة فاحشة إن أخذت، ومن هو دون مسافة القصر من البلدة التي دخلها الكفار حكمه كأهلها، وإن كان في أهلها كفاية، لأنه كالحاضر معهم، فيجب ذلك على كل ممن ذكر، حتى على فقير وولد ومدين ورقيق بلا إذن من الأصل، ورب الدين، والسيد. ويلزم الذين على مسافة القصر المضيّ إليهم عند الحاجة بقدر الكفاية دفعاً لهم، وإنقاذاً من الهلكة، فيصير فرض عين في حق من قرب، وفرض كفاية في حق من بعد، وإذا لم يمكن من قصد تأهب لقتال وجوزا أسراً وقتلاً فله استسلام وقتال إن علم أنه إن امتنع منه قتل وأمنت المرأة فاحشة.

ثم شرع في أحكام الجهاد بقوله: (ومن أسر من الكفار فعلى ضربين ضرب يكون رقيقاً بنفس) أي بمجرد (السبي) بفتح السين وإسكان الموحدة ـ وهو الأسر كما قاله النووي في تحريره (وهم النساء والصبيان) والمجانين والعبيد، ولو مسلمين. كما يرق حربي مقهور لحربي بالقهر: أي يصيرون بالأسر أرقاء لنا. ويكونون كسائر أموال الغنيمة: الخمس لأهله. والباقي للغانمين، لِأَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «كَانَ يُقَسِّمُ السَّبْيَ كَمَا يُقَسِّمُ الْمَالَ» والمراد برق العبيد استمراره لا تجدده، ومثلهم فيما ذكر المبعضون تغليباً لحقن الدم.

تنبيه ـ لا يقتل من ذكر، للنهي عن قتل النساء والصبيان. والباقي في معناهما، فإن قتلهم الإمام ولو لشرهم وقوتهم ضمن قيمتهم للغانمين كسائر الأموال.

وَضَرْبٌ لَا يُرَقُّ بِنَفْسِ السَّبْيِ، وَهُمُ الرِّجَالُ الْبَالِغُونَ، وَالإِمَامُ مُخَيَّرٌ فِيهِمْ بَيْنَ أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ: الْقَتْلُ، وَالاسْتِرْقَاقُ، وَالمَنُّ، وَالْفِدْيَةُ بِالْمَالِ أَوْ بِالرِّجَالِ، يَفْعَلُ مِنْ ذَلِكَ مَا فِيهِ الْمُصْلَحَةُ،

(وضرب لا يرق بنفس السبي) وإنما يرق بالاختيار كما سيأتي إن شاء الله تعالى (وهم الرجال) الأحرار (البالغون) العقلاء (والإمام) أو أمير الجيش (مخير فيهم)[1] بفعل الأحظ للإسلام والمسلمين (بين أربعة أشياء) وهي: (القتل) بضرب رقبة لا بتحريق وتغريق (والاسترقاق) ولو [لوثني] أو عربي[2] أو بعض شخص[3] على المصحح في الروضة إذا رآه مصلحة (والمن) عليهم بتخلية سبيلهم (والفداء بالمال) أي بأخذه منهم سواء، كان من مالهم، أو من مالنا الذي في أيديهم (أو بالرجال) أي برد أسرى مسلمين كما نص عليه، ومثل الرجال غيرهم، أو أهل ذمة كما بحثه بعضهم، وهو ظاهر، فيرد مشركاً بمسلم أو مسلمين أو مشركين بمسلم أو ذمي، ويجوز أن نفديهم بأسلحتنا التي في أيديهم، ولا يجوز أن نرد أسلحتهم التي في أيدينا بمال يبذلونه، كما لا يجوز أن نبيعهم السلاح (بفعل) الإمام أو أمير الجيش (من ذلك) بالاجتهاد لا بالتشهي (ما فيه المصلحة) للمسلمين والإسلام، فإن خفي على الإمام أو أمير الجيش الأحظ حبسهم حتى يظهر له، لأنه راجع إلى الاجتهاد لا إلى التشهي، كما مر فيؤخر لظهور الصواب، ولو أسلم[4] أسير مكلف لم يختر الإمام فيه قبل إسلامه مناً

---

(١) ليس هو تخييراً على بابه بل يجتهد الإمام في الأمور الأربعة فما رآه حظاً للمسلمين فعله وعلى ذلك فهل إذا اختار أمراً من الأمور هل له الرجوع عنه إلى غيره أما لا بحث بعضهم أن ما كان فيه حقن للدم كالقتل فله الرجوع عنه وليس له الرجوع في غيره لأنه باختياره الاسترقاق صار ملكاً للغانمين فيكون الحق لهم فلا رجوع له فيه وكذلك المنّ والفداء ليس له الرجوع لأنه من باب الاجتهاد ورجوعه إلى غيره اجتهاد ثان والاجتهاد لا ينقض باجتهاد آخر ما لم يكن لرجوعه سبب وقد ظهر له الأصلح للمسلمين فله الرجوع حينئذ ويكون كالحاكم إذا حكم باجتهاده وظهر له النص بخلافه فله الرجوع كذلك هكذا قيل.

(٢) كما في سبي هوازن وغيرهم من قبائل العرب كبني المصطلق.

(٣) هو الراجح والثاني لا وعليه أي على الراجح لو ضرب الرق على البعض رق الكل قاله البغوي وقاله الرافعي وكان يجوز أن يقال لا يرق منه شيء وعلى قول البغوي يقال لنا صورة يسري فيها الرق كما يسري العتق دميري زي وقال الشوبري ولا سراية على الأصح.

(٤) هذا مفهوم قوله الآتي قبل الأسر فقدم المفهوم على المنطوق تعجيلاً للفائدة وأما أولاده فإن =

وَمَنْ أَسْلَمَ قَبْلَ الأَسْرِ أَحْرَزَ مَالَهُ وَدَمَهُ وَصِغَارَ أَوْلَادِهِ.

ولا فداء عصم الإسلام دمه فيحرم قتله، لخبر الصحيحين: «أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لَا إِلٰهَ إِلَّا اللَّه» إلى أن قال: «فَإِذَا قَالُوهَا عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ» وقوله: «وَأَمْوَالَهُمْ» محمول على ما قبل الأسر، بدليل قوله: «إِلَّا بِحَقِّهَا» ومن حقها أن ماله المقدور عليه بعد الأسر غنيمة، وبقي الخيار في الباقي من خصال التخيير السابقة، لأن المخير بين أشياء إذا سقط بعضها لتعذره لا يسقط الخيار في الباقي، كالعجز عن العتق في الكفارة.

(ومن أسلم) من رجل أو امرأة في دار حرب أو إسلام (قبل الأسر) أي: قبل الظفر به (أحرز) أي عصم بإسلامه (ماله) من غنيمة (ودمه) من سفكه، للخبر المار (وصغار أولاده) الأحرار عن السبي، لأنهم يتبعونه في الإسلام، والجد كذلك في الأصح، ولو كان الأب حياً، لما مر، وولده أو ولد ولده المجنون الصغير، ولو طرأ الجنون بعد البلوغ لما مر أيضاً وبعضهم الحمل أيضاً تبعاً له، إلا إن استرقت أمه قبل إسلام الأب، فلا يبطل إسلامه رقه كالمنفصل وإن حكم بإسلامه.

تنبيه ـ سكت المصنف عن سبي الزوجة[1]. والمذهب ـ كما في المنهاج ـ أن إسلام الزوج لا يعصمها عن الاسترقاق، لاستقلالها ولو كانت حاملاً منه في الأصح.

فإن قيل: لو بذل الجزية منع إرقاق زوجته وابنته البالغة فكان الإسلام أولى.

أجيب بأن ما يمكن استقلال الشخص به لا يجعل فيه تابعاً لغيره، والبالغة تستقل بالإسلام، ولا تستقل ببذل الجزية، فإن استرقت انقطع نكاحه في حال السبي، سواء أكان قبل الدخول بها أم لا، لامتناع إمساك الأمة الكافرة للنكاح، كما يمتنع ابتداء نكاحها، لقوله ﷺ في سبايا أوطاس: «أَلَا لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ، وَلَا حَائِلٌ حَتَّى

= أسروا قبله رقوا وإن لم يؤسروا عصمهم وأما ماله وزوجته فلا يعصمهما.

(١) الأولى أن يقول عن إحراز الزوجة أي حيث لم يقل وأحرز زوجته وحاصل حكم الزوجة أن زوجة المسلم الأصلي وزوجة الذمي الموجودة حال عقد الذمة لا يرقان بالسبي وزوجة الحربي إذا أسلم قبل أسرها وزوجة الذمي الطارئة بعد عقد الجزية يرقان بنفس السبي.

. . . .

تَحِيضَ»[١] ولم يسأل عن ذات زوج ولا غيرها، ومعلوم أنه كان فيهم من لها زوج. وترق زوجة الذمي[٢] بنفس الأسر، وينقطع به نكاحه. فإن قيل: هذا يخالف قولهم[٣]: «إن الحربي إذا بذل الجزية عصم نفسه وزوجته من الاسترقاق».

أجيب بأن المراد هناك الزوجة الموجودة حين العقد. فيتناولها العقد على جهة التبعية. والمراد هنا الزوجة المتجددة بعد العقد لأن العقد لم يتناولها.

ويجوز إرقاق عتيق الذمي إذا كان حربياً، لأن الذمي لو التحق بدار الحرب استرق فعتيقه أولى، لا عتيق مسلم التحق بدار الحرب فلا يسترق. لأن الولاء بعد ثبوته لا يرتفع، ولا تسترق زوجة المسلم الحربية إذا سبيت، كما صححه في المنهاج وأصله وهو المعتمد، وإن كان مقتضى كلام الروضة والشرحين الجواز، فإنهما سويا في جريان الخلاف بينهما وبين زوجة الحربي إذا أسلم، لأن الإسلام[٤] الأصلي أقوى من الإسلام الطارىء، ولو سبيت[٥] زوجة حرة، أو زوج حر ورق انفسخ النكاح

(١) أخرجه أحمد في المسند ٣/ ٦٢ والدارمي ٢/ ١٧٠ وأبو داود ٢/ ٦١٤ (٢١٥٧) والحاكم في المستدرك ٢/ ١٩٥ وقال: صحيح على شرط مسلم وسكت عنه الذهبي.

(٢) حاصل ذلك أن يقال إن زوجة المسلم الأصلي لا ترق وعتيق المسلم لا يرق وزوجة الذمي الموجودة وقت عقد الجزية لا ترق أما زوجة الحربي إذا أسلم أو زوجة الذمي إذا حدثت بعد الجزية وعتيق الذمي فيرقون.

(٣) وجه المخالفة أنه إذا عصم زوجته عن الاسترقاق كيف يلائم قوله ترق زوجة الذمي بنفس الأسر لها. وجوابه أن التي يعصمها هي الموجودة عند عقد الجزية له والتي لا يعصمها هي التي يطرأ تزويجها على عقد الجزية.

(٤) تعليل لأصل المسألة أي لا تسترق زوجة الأصلي.

(٥) لم يقل ورقت كما قاله في الزوج لأنها ترق بنفس السبي بخلافه. وحاصله أنه إن حدث الرقّ في الزوجين أو أحدهما انفسخ النكاح وإن لم يحدث رق لم ينفسخ النكاح وقد علمت أن الزوجة التي يطرأ عليها الرق هي زوجة الحربي الذي لم يسلم ولم يعط الجزية وزوجة الذمي إذا حدثت بعد الجزية. وإيضاح الكلام في ذلك أن يقال إن الزوجين إما أن يكونا حرين أو رقيقين أو الزوج حراً والزوجة رقيقة أو عكسه فهذه أربعة وعلى كل إما أن يسبيا أو تسبى الزوجة أو يسبى الزوج ويسترق أو لا فالجملة ست عشرة صورة فينفسخ النكاح فيما إذا كانا حرين وسبيا أو سبيت هي أو =

وَيُحْكَمُ لِلصَّبِيِّ بِالإِسْلَامِ عِنْدَ وُجُودِ ثَلَاثَةِ أَسْبَابٍ: أَنْ يُسْلِمَ أَحَدُ أَبَوِيهِ

لحدوث الرق، فإن كانا رقيقين لم ينفسخ النكاح إذا لم يحدث رق. وإنما انتقل الملك من شخص إلى آخر. وذلك لا بقطع النكاح كالبيع، وإذا رق الحربي وعليه دين لغير حربي كمسلم وذمي لم يسقط فيقضى من ماله إن غنم بعد رقه. فإن كان لحربي على حربي ورقَّ من عليه الدين أو رب الدين فيسقط، ولو رق رب الدين وهو على غير حربي لم يسقط.

وما أخذ من أهل الحرب بلا رضا من عقار أو غيره بسرقة أو غيرها غنيمة مخمسة إلا السلب: خمسها لأهله، والباقي للآخذ، وكذا ما وجد كلقطة مما يظن أنه لهم، فإن أمكن كونه لمسلم وجب تعريفه، ويعرف سنة إلا أن يكون حقيراً، كسائر اللقطات.

(ويحكم للصبي) أي: للصغير ذكراً كان أو أنثى أو خنثى (بالإسلام عند وجود أحد (ثلاثة أسباب).

أولها: ما ذكره بقوله (أن يسلم أحد أبويه) والمجنون وإن جن بعد بلوغه كالصغير بأن يعلق بين كافرين ثم يسلم أحدهما قبل بلوغه فإنه يحكم بإسلامه حالاً، سواء أسلم أحدهما قبل وضعه أم بعده، قبل تمييزه أم بعده وقبل بلوغه، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُم بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ﴾ [الطور: ٢١].

تنبيه ـ قول المصنف: «أن يسلم أحد أبويه» يوهم قصره على الأبوين، وليس مراداً، بل في معنى الأبوين الأجداد والجدات وإن لم يكونوا وارثين، وكان الأقرب حياً.

= سبي هو أو استرق فإن لم يسترق فلا ينفسخ النكاح وإن كانا رقيقين فلا فسخ في الصور الأربعة وإن كان الزوج حراً والزوجة رقيقة فينفسخ النكاح فيما إذا سبيا أو سبي الزوج وحده واسترق فيها ولا ينفسخ فيما إذا سبيت الزوجة وحدها إذ لم يتجدد لها رق أو سبي الزوج وحده ولم يسترق فإن كانت الزوجة حرة والزوج رقيقاً فينفسخ النكاح فيما إذا سبيا أو سبيت. فالحاصل أن من رق انقطع نكاحه.

أَوْ يَسْبِيَهُ مُسْلِمٌ مُنْفَرِداً عَنْ أَبَوَيْهِ،

فإن قيل: إطلاق ذلك يقتضي إسلام جميع الأطفال بإسلام أبيهم آدم عليه الصلاة والسلام[١].

أجيب[٢] بأن الكلام في جد يعرف النسب إليه، بحيث يحصل بينهما التوارث. وبأن التبعية في اليهودية والنصرانية حكم جديد «وَإِنَّمَا أَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ أَوْ يُنَصِّرَانِهِ».

والمجنون المحكوم بكفره كالصغير في تبعية أحد أصوله في الإسلام إن بلغ مجنوناً وكذا إذا بلغ عاقلاً ثم جن في الأصح. وإذا حدث للأب ولد بعد موت الجد مسلماً تبعه في أحد احتمالين رجحه السبكي. وهو الظاهر. فإن بلغ الصغير ووصف كفراً بعد بلوغه أو أفاق المجنون ووصف كفراً بعد إفاقته فمرتد على الأظهر. لسبق الحكم بإسلامه فأشبه من أسلم بنفسه ثم ارتد. وإن كان أحد أبوي الصغير مسلماً وقت علوقه فهو مسلم بالإجماع تغليباً للإسلام. ولا يضر ما طرأ بعد العلوق منهما من ردة. فإن بلغ ووصف كفراً بأن أعرب به عن نفسه كما في المحرر، فمرتد قطعاً. لأنه مسلم ظاهراً وباطناً.

وثانيها ما ذكره بقوله: (أو يسبيه) أي الصغير أو المجنون (مسلم) وقوله (منفرداً) حال من صغير المفعول: أي حال انفراده (عن أبويه) فيحكم بإسلامه ظاهراً وباطناً تبعاً لسابيه لأن له عليه ولاية. وليس معه من هو أقرب إليه منه فيتبعه كالأب قال الإمام: وكأن السابي لما أبطل حريته قلبه قلباً كلياً. فعدم عما كان. وافتتح له وجود تحت يد السابي وولاية. فأشبه تولده بين الأبوين المسلمين وسواء أكان السابي بالغاً عاقلاً أم

---

(١) كذا في خط المؤلف وعبارة شرح الروض جدهم فكان الأولى للمؤلف التعبير بالجد لكونه حقيقة وما ذكره مجازاً اهـ مرحومي. قلت إن هذا الشيء عجيب كيف تستقيم هذه الأولوية مع إطباقهم على أن المجاز أبلغ من الحقيقة وهل الشارح متعبد بعبارة شرح الروض حتى يتعين عليه موافقتها كيف وقد ورد في الأحاديث الشريفة وإطلاق الأب على آدم كثيراً فلا وجه للأولوية.

(٢) حاصله جوابان الأول بالمنع والثاني بالتسليم فحاصل الأول منع قوله إن الأجداد تشمل آدم لأن المراد جدّ أو جدة يعرف النسب إليه لا مطلق جد ولا جدة وحاصل الثاني سلمنا أن الأجداد تشمل آدم وحواء لكن منع من تبعية الصغير لهما مانع وهو أن أباه وأمه هوّداه أو نصراه.

أَوْ يُوجَدَ لَقِيطاً فِي دَارِ الإِسْلَامِ.

لا، أما إذا سبي مع أحد أبويه فإنه لا يتبع السابي جزماً. ومعنى كون أحد أبوي الصغير معه أن يكونا في جيش واحد وغنيمة واحدة وإن اختلف سابيهما، لأن تبعية الأصل أقوى من تبعية السابي، فكان أولى بالاستتباع، ولا يؤثر موت الأصل بعد. لأن التبعية إنما تثبت في ابتداء السبي، وخرج بالمسلم الكافر، فلو سباه ذمي وحمله إلى دار الإسلام أو مستأمن كما قاله الدارمي لم يحكم بإسلامه في الأصح، لأن كونه أهل دار الإسلام لم يؤثر فيه ولا في أولاده، فكيف يؤثر في مسبيه. ولأن تبعية الدار إنما تؤثر في حق من لا يعرف حاله ولا نسبه. نعم هو على دين سابيه كما ذكره الماوردي(١) وغيره. . .

ثالثها ما ذكره بقوله: (أو يوجد لقيطاً في دار الإسلام) فيحكم بإسلامه تبعاً للدار وما ألحق بها، وإن استلحقه كافر بلا بينة بنسبه، هذا إن وجد بمحل ولو بدار كفر به مسلم يمكن كونه منه، ولو أسيراً منتشراً أو تاجراً أو مجتازاً، تغليباً للإسلام، ولأنه قد حكم بإسلامه فلا يغير بمجرد دعوى الاستلحاق، ولكن لا يكفي اجتيازه بدار كفر، بخلافه بدارنا(٢) لحرمتها، ولو نفاه مسلم(٣) قبل في نفي نسبه لا في نفي إسلامهما اتفاقاً، لأن نطقه بالشهادتين إما خبر وإما إنشاء فإن كان خبراً للكافر ليس به مسلم فهو كافر [وأما إذا استلحقه ببينة أو وجد اللقيط بمحل منسوب للكفار ليس به مسلم فهو كافر](٤).

تنبيه - اقتصاره كغيره على هذه الثلاثة المذكورة(٥) يدل على عدم الحكم بإسلام

---

(١) لو سباه مسلم وذمي حكم بإسلامه تغليباً لحكم الإسلام ولأن الإسلام يعلو ولا يعلى ذكره القاضي اهـ شرح الروض.

(٢) فيه أن اجتيازه لا يحتاج إليه لوجود المسلمين فيها ويمكن تصويره بما إذا خربت بلدة من بلاد الإسلام ولم يبق لها فيها مسلم أو استولى عليها الكفار ثم إنه مر بها مسلم ووجد فيها بعد ذلك لقيط.

(٣) لعل الأولى أن يقول ولو نفاه المسلم أي المتقدم لأنه الذي يتوهم.

(٤) ما بين المعكوفين سقط في ط.

(٥) هي التي ذكرها المصنف في قوله ويحكم للصبي بإسلامه عند وجود ثلاثة أشياء الخ.

فَصْلٌ

الصغير المميز، وهو الصحيح المنصوص في القديم والجديد كما قاله الإمام، لأنه غير مكلف، فأشبه غير المميز والمجنون، وهما لا يصح إسلامهما اتفاقاً، لأن نطقه بالشهادتين إما خبر وإما إنشاء، فإن كان خبراً فخبره غير مقبول، وإن كان إنشاء فهو كعقوده، وهي باطلة، وأما إسلام سيدنا عليّ ـ رضي الله عنه ـ فقد اختلف في وقته فقيل: إنه كان بالغاً حين أسلم كما نقله القاضي أبو الطيب عن الإمام أحمد، وقيل: إنه أسلم قبل بلوغه، وعليه الأكثرون وأجاب عنه البيهقي بأن الأحكام إنما صارت معلقة بالبلوغ بعد الهجرة، قال السبكي: وهو صحيح، لأن الأحكام إنما نيطت بخمسة عشر عاماً عام الخندق، فقد تكون منوطة قبل ذلك بسن التمييز، والقياس على الصلاة ونحوها لا يصح؛ لأن الإسلام ينتقل به، وعلى هذا يحال بينه وبين أبويه الكافرين؛ لئلا يفتناه وهذه الحيلولة مستحبة على الصحيح في الشرط والروضة. فيتلطف بوالديه ليؤخذ منهما. فإن أبيا فلا حيلولة.

تتمة ـ في أطفال الكفار إذا ماتوا ولم يتلفظوا بالإسلام خلاف منتشر والأصح أنهم يدخلون الجنة، لأن كل مولود يولد على الفطرة. فحكمهم حكم الكفار في الدنيا، فلا يصلى عليهم، ولا يدفنون في مقابر المسلمين وحكمهم حكم المسلمين في الآخرة، لما مر.

فَصْلٌ فِي قَسْمِ الغَنِيمَةِ[1]

وهي لغة الربح. وشرعاً: مال أو ما ألحق به كخمر محترمة حصل لنا من كفار أصليين حربيين مما هو لهم بقتال منا، أو إيجاف خيل، أو نحو ذلك، ولو بعد انهزامهم في القتال، أو قبل شهر السلاح حين التقى الصفان.

ومن الغنيمة ما أخذ من دارهم سرقة أو اختلاساً أو لقطة. أو ما أهدوه لنا، أو صالحونا عليه والحرب قائمة.

(١) ذكرها في كتاب الجهاد لأن كلاً منهما متعلق بالإمام وذكرها شيخ الإسلام مع الفيء عقب الوديعة لأن المال ما خلقه الله إلا لنفع المؤمنين فلما كان تحت يد الكفار قبل كونه غنيمة أو فيئاً فكأنه وديعة تحت أيديهم وسبيله الرد للمؤمنين.

وَمَنْ قَتَلَ قَتِيلاً أُعْطِيَ سَلَبَهُ.

وخرج بما ذكر ما حصله أهل الذمة من أهل الحرب بقتال. فالنص أنه ليس بغنيمة فلا ينزع منهم. وما أخذ من تركة المرتد فإنه فيء لا غنيمة. وما أخذ من ذمي كجزية فإنه فيء أيضاً. ولو أخذنا من الحربيين ما أخذوه من مسلم أو ذمي أو نحوه بغير حق لم نملكه. ولو غنم ذمي ومسلم غنيمة فهل يخمس الجميع أو نصيب المسلم؟ وجهان أظهرهما الثاني كما رجحه بعض المتأخرين.

ولما كان يقدم من أصل مال الغنيمة السلب بدأ به فقال: (ومن) أي إذا (قتل) المسلم سواء أكان حراً أم لا، ذكراً أم لا، بالغاً أم لا، فارساً أو لا (قتيلاً أعطي سلبه) سواء أشرطه له الإمام أم لا لخبر الشيخين: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً فَلَهُ سَلَبُهُ»[1] وروى أبو داود أن أبا طلحة رضي الله تعالى عنه قتل يوم خيبر عشرين قتيلاً وأخذ سلبهم.

تنبيه ـ يستثنى من إطلاقه الذمي؛ فإنه لا يستحق السلب، سواء أحضر بإذن الإمام أم لا، والمخذل[2]، والمرجف، والخائن[3]، ونحوهم ممن لا سهم له ولا رضخ.

قال الأذرعي: وأطلقوا استحقاق العبد المسلم السلب. ويجب تقييده بكونه لمسلم على المذهب. ويشترط في المقتول أن لا يكون منهياً عن قتله. فلو قتل صبياً أو امرأة لم يقاتلا فلا سلب له. فإن قاتلا استحقه في الأصح. ولو أعرض مستحق السلب عنه لم يسقط حقه منه على الأصح لأنه متعين له. وإنما يستحق القاتل السلب بركوب غرر يكفي به شر كافر في حال الحرب. وكفاية شره أن يزيل امتناعه: كأن يفقأ عينيه، أو يقطع يديه ورجليه، وكذا لو أسره، أو قطع يديه أو رجليه، وكذا لو قطع يداً أو رجلاً. فلو رمى من حصن أو من صف المسلمين أو قتل كافراً نائماً أو أسيراً، أو

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٣/ ١١٤ والدارمي ٢/ ٢٢٩ وأبو داود ٣/ ١٦٢ (٢٧١٨).

(٢) هو من يحث الناس على عدم القتال والمرجف هو المخوّف لهم وقيل المرجف مكثر الأراجيف وأما المخذل فيصدق بالإرجاف مرة.

(٣) أي في الغنيمة وقال في شرح الروض المخذل من يخوّف الناس كأن يقول عدوّنا كثير وخيولنا ضعيفة ولا طاقة لنا بهم والمرجف من يكثر الأراجيف كأن يقول قتلت سرية كذا ولحقهم مدد للعدو من جهة كذا والخائن من يتجسس لهم ويطلعهم على العورات بالمكاتبة والمراسلة.

وَتُقْسَمُ الْغَنِيمَةُ بَعْدَ ذَلِكَ عَلَى خَمْسَةِ أَخْمَاسٍ، فَيُعْطَى أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهَا لِمَنْ شَهِدَ الْوَقْعَةَ

قتله وقد انهزم الكفار فلا سلب له، لأنه في مقابلة الخطر والتغرير بالنفس. وهو منتف ههنا. وسلب ثياب القتيل والخف وآلة الحرب[1] كدرع وسلاح ومركوب وآلته، نحو سرج ولجام، وكذا سوار ومنطقة وخاتم. ونفقة معه. وكذا جنيبة[2] تقاد معه في الأظهر، لا حقيبة.

[والسلب: ثياب القتيل التي هي عليه. والخف، وآلة الحرب[3]] وهي وعاء يجمع فيه المتاع ويجعل على حقو البعير مشدودة على الفرس، فلا يأخذها ولا ما فيها من الدراهم والأمتعة، لأنها ليست من لباسه ولا من حليته ولا من حلية فرسه.

ولا يخمس السلب، على المشهور[4] لأنه ﷺ قضى به للقاتل.

وبعد السلب تخرج مؤنة الحفظ والنقل وغيرهما من المؤن اللازمة كأجرة جمال وراع.

(وتقسم الغنيمة) وجوباً (بعد ذلك) أي بعد إعطاء السلب وإخراج المؤن خمسة أخماس[5] متساوية (فيعطى أربعة أخماسها)[6] من عقار ومنقول (لمن شهد الوقعة)

---

(١) سقط في ط.
(٢) قال في المصباح الجنيبة فرس تقاد ولا تركب فعيلة بمعنى مفعولة يقال جنبته أجنبه من باب قتل إذا قدته إلى جنبك.
(٣) ما بين المعكوفين سقط في ط.
(٤) مقابله أنه يخمس فأربعة أخماسه للقاتل وخمسه لأهل الفيء.
(٥) المناسب أن يقول خمسة أقسام لأجل قوله وتقسم إلا أن المآل واحد وجعل م ر قوله خمسة أخماس مفعولاً لمحذوف أي وتجعل خمسة أخماس وعبارته فتجعل خمسة أقسام متساوية ويكتب على كل رقعة لله أو للمصالح وعلى أربعة للغانمين وتدرج في بنادق ويخرج فما خرج لله جعل خمسه للخمسة السابقين في الفيء.
(٦) هذا ما استقرّ عليه الإسلام وكانت في صدر الإسلام أربعة أخماسها للنبيّ ﷺ خاصة لأنه كالمقاتلين كلهم نصرة وكان يأخذ مع ذلك خمس الخمس فجملة ما كان يأخذه أحد وعشرون لكن هذا على سبيل الجواز ولكن لم يقع منه ﷺ بل كان يقسم الأربعة أخماس على الغانمين =

. . . .

بنية القتال. وهم الغانمون. لإطلاق الآية الكريمة وعملاً بفعله عليه الصلاة والسلام بأرض خيبر، سواء أقاتل من حضر بنية القتال مع الجيش أم لا، لأن المقصود تهيؤه للجهاد وحصوله هناك فإن تلك الحاجة باعثة على القتال. ولا يتأخر عنه في الغالب إلا لعدم الحاجة إليه مع تكثيره سواد المسلمين، وكذا من حضر لا بنية القتال وقاتل في الأظهر، فمن لم يحضر أو حضر لا بنية القتال ولم يقاتل لم يستحق شيئاً.

ويستثنى من ذلك مسائل:

الأولى ـ ما لو بعث الإمام جاسوساً فغنم الجيش قبل رجوعه. فإنه يشاركهم في الأصح.

الثانية ـ لو دخل الإمام أو نائبه دار الحرب، فبعث سرية في ناحية وأفرد من الجيش كميناً. فإنه يسهم لهم وإن لم يحضروا الواقعة، لأنهم في حكمهم، ذكره الماوردي وغيره.

الثالثة ـ لو دخل الإمام أو نائبه دار الحرب، فبعث سرية في ناحية فغنمت ـ شاركها الإمام. وبالعكس. لاستظهار كل منهما بالآخر ولو بعث سريتين[1] إلى جهة اشترك الجميع فيما تغنم كل واحدة منهما. وكذا لو بعث إلى جهتين وإن تباعدتا على الأصح.

= تأليفاً لهم وأما خمس الخمس فكان يصرف منه على نفسه وما فضل يصرفه في مصالح المسلمين والأفضل قسمتها بدار الحرب بل تجب إن طلبوها ولو بلسان الحال ولا يجوز شرط من غنم شيئاً فهو له خلافاً للأئمة الثلاثة وما نقل أنه ﷺ فعله لم يثبت وبفرض ثبوته فالغنيمة كانت له يتصرف فيها بما يراه.

(١) الفرق بين هذا وبين ما قبله أن السرية هناك تشارك الجيش وهنا تشارك الأخرى والسرية غايتها خمسمائة وما زاد على ذلك إلى ثمانمائة يقال له منسر بكسر السين وفتح الميم وما زاد على ذلك إلى أربعة آلاف يقال له جحفل وما زاد على ذلك يقال له خميس وسمي خميساً لأن له أماماً وخلفاً ويميناً ويساراً وقلباً وأما البعث فهو فرقة من السرية وأما الكتيبة فهو المجتمع الذي لم ينتشر.

. . . .

ولا شيء لمن حضر بعد انقضاء القتال ولو قبل حيازة المال، ولو مات بعضهم بعد انقضاء القتال ولو قبل حيارة المال فحقه لوارثه كسائر الحقوق. ولو مات في أثناء القتال فالمنصوص أنه لا شيء له فلا يخلفه وارثه فيه. ونص في موت الفرس حينئذ أنه يستحق سهميها. والأصح تقرير النصيبين، لأن الفارس متبوع. فإذا مات فات الأصل، والفرس تابع فإذا مات جاز أن يبقى سهمه للمتبوع. والأظهر أن الأجير[1] الذي وردت الإجارة على عينه مدة معينة لا لجهاده بل لسياسة دواب وحفظ أمتعة ونحوها والتاجر والمحترف كالخياط[2] والبقال يسهم لهم إذا قاتلوا. لشهودهم الواقعة وقتالهم. أما من وردت الإجارة على ذمته أو بغير مدة كخياطة ثوب فيعطى وإن لم يقاتل. وأما الأجير للجهاد فإن كان مسلماً فلا أجرة له لبطلان إجارته لأنه بحضور الصف تعين عليه، ولم يستحق السهم في أحد وجهين قطع به البغوي. واقتضى كلام الرافعي ترجيحه لإعراضه عنه بالإجارة، ولم يحضر مجاهداً.

ويدفع (للفارس[3] ثلاثة أسهم) له سهم ولفرسه سهمان. للاتباع فيهما رواه الشيخان. ومن حضر بفرس يركبه يسهم له. وإن لم يقاتل عليه، إذا كان يمكنه ركوبه لا إن حضر ولم يعلم به فلا يسهم له ولا يعطى إلا لفرس واحد وإن كان معه أكثر منها، لأنه ﷺ لم يعط الزبير إلا لفرس واحد وكان معه يوم خيبر أفراس، عربياً كان

---

(١) حاصله أن الأجير لا يسهم له بشرط أن يقاتل إلا بثلاثة شروط أن ترد الإجارة على عينه وإلا أعطى مطلقاً أي وإن لم يقاتل حيث حضر بنية القتال وأن تكون مدة معينة وإلا أعطي مطلقاً أيضاً وأن تكون لا للجهاد وإلا لم يعط شيئاً أي لا أجرة ولا سهماً ولا رضخاً ولا سلباً اهـ.

(٢) أي الذي يخيط لهم وقوله البقال وصوابه والنعال الذي يعمل لهم النعال ليناسب قوله المحترف والبقال هو الذي يبيع البقول وهي خضر وات الأرض.

(٣) أي من كان معه فرس صالح للقتال وإن غصبه إذا لم يحضر مالكه وإلا فلمالكه أو ضاع وقاتل عليه غيره أو مات أو خرج عن ملكه في الأثناء ولو حضر اثنان بفرس مشترك بينهما فهل يعطى كل منهما سهم فرس أو لا يعطيان لها شيئاً أو يعطيانه ثلاثة أوجه قال النووي لعل الثالث أصحهما وصححه السبكي فلو ركباه ففيه وجه رابع قال النووي إنه حسن اختاره ابن كج وهو إن كان يصلح للكرّ والفرّ مع ركوبهما فلهما أربعة أسهم إلا فسهمان.

وَلِلـرَّاجِـلِ سَهْـمٌ، وَلاَ يُسْهَـمُ إِلاَّ لِمَـن اسْتُكْمِلَـتْ فِيـهِ خَمْسُ شَـرَائِـطَ: الإِسْـلاَمُ، وَالْبُلُوغُ، وَالعَقْلُ، وَالْحُرِّيَّةُ، والذُّكُورَةُ، فَإِنِ اخْتَلَّ شُرْطٌ مِنْ ذَلِكَ رُضِخَ لَهُ وَلَمْ يُسْهَمْ.

الفرس أو غيره، كالبرذون وهو: ما أبواه أعجميان والهجين[١] هو: ما أبوه عربي دون أمه. والمقرف ـ بضم الميم وسكون القاف وكسر الراء ـ عكسه، لأن الكر والفر يحصل من كل منها ولا يضر تفاوتها كالرجال ولا يعطى لفرس أعجف[٢]، أي مهزول بيّن الهزال ولا ما لا نفع فيه كالهرم والكبير لعدم فائدته ولا لبعير وغيره كالفيل والبغل والحمار، لأنها لا تصلح للحرب صلاحية الخيل له. لكن يرضخ لها، ويفاوت بينها بحسب النفع (و) يدفع (للراجل سهم) واحد. لفعله ﷺ ذلك يوم خيبر، متفق عليه[٣]، ولا يرد إعطاء النبيّ ﷺ سلمة بن الأكوع رضي الله تعالى عنه في وقعة سهمين كما صح في مسلم[٤]. لأنه ﷺ رأى منه خصوصية[٥] اقتضت ذلك.

(ولا يسهم) من الغنيمة (إلا لمن استكملت فيه خمس) بل ست (شرائط: الإسلام، والبلوغ، والعقل والحرية، والذكورة) والصحة (فإن اختل شرط من ذلك) أي مما ذكر كالكافر والصبي والمجنون والرقيق والمرأة والخنثى والذمي (رضخ له ولم يسهم) لواحد منهم، لأنهم ليسوا من أهل فرض الجهاد، والرضخ ـ بالضاد والخاء المعجمتين لغة العطاء القليل، وشرعاً: اسم لما دون السهم، ويجتهد الإمام أو أمير الجيش في قدره، لأنه لم يرد فيه تحديد، فيرجع إلى رأيه، ويتفاوت على قدر نفع

---

(١) هذه صفات للخيل وقد تجري في الآدمي أيضاً وعليه قول ابن الوردي:

مات أهل الفضل لم يبق سوى ... مقرف أو من على الأصل اتكل

(٢) حاصله أن الشروط ثلاثة يجمعها قول المنهج ولا يسهم إلا لفرس واحد.

(٣) أخرجه البخاري ٦/ ٦٧ (٢٨٦٣) ومسلم ٣/ ١٣٨٢ (٥٧ ـ ١٧٦٢).

(٤) أخرجه مسلم ٣/ ١٤٣٣ (١٣٢ ـ ١٨٠٧).

(٥) أي والاجتهاد في الحروب سائغ وتكون الزيادة على السهم نفلاً، وعبارة السيرة الحلبية ورجع رسول الله ﷺ وهو على ناقته العضباء مردفاً سلمة بن الأكوع وأعطى سلمة بن الأكوع سهم الراجل والفارس جميعاً أي مع كونه كان راجلاً وهذا استدل به من يقول إن للإمام أن يفاضل في الغنيمة وهو مذهب أبي حنيفة وأحد الروايتين عن أحمد، وعند مالك وإمامنا الشافعي رضي الله تعالى عنهما لا يجوز ولعله لعدم صحة ذلك عندهما.

وَيُقْسَمُ الْخُمْسُ عَلَى خَمْسَةِ أَسْهُم: سَهْمٌ لِرَسُولِ اللَّهه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ،

المرضخ له، فيرجح المقاتل ومن قتاله أكثر على غيره، والفارس على الراجل، والمرأة التي تداوي الجرحى وتسقي العطاشى على التي تحفظ الرحال، بخلاف سهم الغنيمة، فإنه يستوي فيه المقاتل وغيره، لأنه منصوص عليه، والرضخ بالاجتهاد، لكن لا يبلغ به سهم راجل. ولو كان الرضخ لفارس، لأنه تبع للسهام فينقص به من قدرها كالحكومة مع الأروش المقدرة، ومحل الرضخ الأخماس الأربعة، لأنه لهم من الغنيمة يستحق بحضور الواقعة إلا أنه ناقص، وإنما يرضخ لذمي وما ألحق به من الكفار حضر بلا أجرة، وكان حضوره بإذن الإمام أو أمير الجيش وبلا إكراه منه، ولا أثر لإذن الآحاد، فإن حضر بأجرة فله الأجرة ولا شيء سواها، وإن حضر بلا إذن الإمام أو الأمير فلا رضخ له. بل يعزره الإمام إن رآه. وإن أكرهه الإمام على الخروج استحق أجرة مثله من غير سهم ولا رضخ. لاستهلاك عمله عليه. كما قاله الماوردي.

(ويقسم الخمس) الخامس[1] بعد ذلك (على خمسة أسهم) فالقسمة من خمسة وعشرين لقوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ [الأنفال: ٤١] الآية، الأول: (سهم لرسول الله ﷺ) للآية. ولا يسقط بوفاته ﷺ. بل (يصرف بعده) ﷺ (للمصالح) أي لمصالح المسلمين. فلا يصرف منه لكافر. فمن المصالح سد الثغور وشحنها بالعدد والمقاتلة. وهي مواضع الخوف من أطراف بلاد الإسلام التي تليها بلاد المشركين. فيخاف أهلها منهم وعمارة المساجد والقناطر والحصون، وأرزاق القضاة والأئمة والعلماء بعلوم تتعلق بمصالح المسلمين كتفسير وحديث وفقه ومعلمي القرآن والمؤذنين، لأن بالثغور حفظ المسلمين، ولئلا يتعطل من ذكر بالاكتساب عن الأشغال بهذه العلوم وعن تنفيذ الأحكام والتَّعَلُّم[2] فيرزقون ما يكفيهم ليتفرغوا لذلك. قال الزركشي نقلاً عن الغزالي: يعطى العلماء والقضاة مع الغنى وقدر المعطى إلى رأي الإمام بالمصلحة. ويختلف بضيق المال وسعته وقال الغزالي: ويعطى أيضاً من ذلك العاجز عن الكسب، لا مع الغنى. والمراد بالقضاة غير قضاة

---

(١) سقط في ط.
(٢) سقط في ط.

وَسَهْمٌ لِذَوِي الْقُرْبَى وَهُمْ بَنُو هَاشِمٍ المُطَّلِبِ،

العسكر. أما قضاة العسكر ـ وهم الذين يحكمون لأهل الفيء في مغزاهم فيرزقون من الأخماس الأربعة لا من خمس الخمس، كما قاله الماوردي، وكذا أئمتهم، ومؤذنوهم وعمالهم: يقدم الأهم فالأهم[١] منهم وجوباً. وأهمها ـ كما قاله في التنبيه ـ سد الثغور؛ لأن فيه حفظاً للمسلمين.

تنبيه ـ قال في الإحياء: لو لم يدفع الإمام إلى المستحقين حقوقهم من بيت المال فهل يجوز لأحد أخذ شيء من بيت المال؟ وفيه أربعة مذاهب[٢] أحدها: لا يجوز شيء أصلاً، لأنه مشترك ولا يدرى قدر حصته منه. قال: وهذا غلول[٣]. والثاني: يأخذ كل يوم قوت يوم. والثالث: يأخذ كفاية سنة. والرابع: يأخذ ما يعطى وهو قدر حصته قال: وهذا هو القياس، لأن المال ليس مشتركاً بين المسلمين، كالغنيمة بين الغانمين والميراث بين الوارثين، لأن ذلك ملك لهم، حتى لو ماتوا تقسم بين ورثتهم، وهذا لو مات لم يستحق وارثه شيئاً. انتهى. وأقره في المجموع هذا الرابع هو الظاهر.

(و) **الثاني** (سهم لذوي القربى) للآية الكريمة، وهم آله ﷺ (بنو هاشم وبنو المطلب) ومنهم إمامنا الشافعي رضي الله تعالى عنه: دون بني عبد شمس وبني نوفل.

(١) سقط في ط.

(٢) أي أقوال أي في جواب هذا الاستفهام.

(٣) باللام أي خيانة لأن الظفر بالحق إنما يكون في الأمور الخاصة دون العامة وعلى هذه النسخة يكون اسم الإشارة راجعاً لجواز الأخذ لو قلنا به ويكون غرضه بذلك تقوية القول بعدم الأخذ وفي نسخة غلوّ بالواو من غير لام بعدها أي تعمق وتشديد في الدين حيث منعتموه من أخذ حقه وقد نهينا عنهما أي عن الخيانة والتعمق ويكون اسم الإشارة راجعاً لقوله لا يجوز ويكون غرضه تضعيف هذا القول وكيف هذا مع ثبوت حقه فيه.

(٤) يتأمل هذا التعليل فإنه لا يناسب إلا الرد على الأوّل وقال بعضهم قوله لأن المال الخ ردّ لعلة القول الأول أي لأن الثابت في مال بيت المال اختصاص لا اشتراك بالملك حتى يمتنع أخذ شيء منه. والحاصل أنهم لا يملكون أموال بيت المال ما دامت في بيت المال فليست كالأموال المملوكة على وجه الاشتراك وقال شيخنا العشماوي ليس مشتركاً الخ أي ليس الاشتراك فيه كالاشتراكين المذكورين لأن ذلك ملك لهم الخ بخلاف مال بيت المال فإنه ليس مملوكاً للمسلمين بل الثابت لهم اختصاصهم به لا الملك بدليل التعليل المذكور.

وَسَهْمٌ لِلْيَتَامَى

وإن كان الأربعة أولاد عبد مناف. لاقتصاره ﷺ في القسم على بني الأولين مع سؤال بني الآخرين له. رواه البخاري، ولأنهم لم يفارقوه في الجاهلية ولا في الإسلام، حتى أنه لما بعث ﷺ بالرسالة نصروه وذبوا عنه، بخلاف بني الآخرين، بل كانوا يؤذونه، والثلاثة الأول أشقاء. ونوفل أخوهم لأبيهم. وعبد شمس جد عثمان بن عفان. والعبرة بالانتساب إلى الآباء، أما من انتسب منهم إلى الأمهات فلا. ويشترك في هذا الغني والفقير والنساء ويفضل الذكر كالإرث وحكى الإمام فيه إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم.

(و) **الثالث** (سهم لليتامى) للآية، جمع يتيم وهو صغير ذكر أو خنثى أو أنثى لا أب له، أما كونه صغيراً فالخبر: «لَا يُتْمَ بَعْدَ احْتِلَامٍ»[1].

وأما كونه لا أب له فللوضع والعرف، سواء أكان من أولاد المرتزقة أم لا، قتل أبوه في الجهاد أم لا، له جد أم لا.

تنبيه ـ كان الأولى للمصنف أن يقيد اليتيم بالمسلم، لأن أيتام الكفار لا يعطون من سهم اليتامى شيئاً، لأنه مال أخذ من كفار فلا يرجع إليهم، وكذا يشترط الإسلام في ذوي القربى والمساكين وابن السبيل لذلك. ويندرج في تفسيرهم اليتيم ولد الزنا واللقيط والمنفي بلعان. ولا يسمون أيتاماً، لأن ولد الزنا لا أب له شرعاً فلا يوصف باليتيم. واللقيط قد يظهره أبوه، والمنفي باللعان قد يستلحقه نافيه. ولكن القياس أنهم يعطون من سهم اليتامى.

فائدة ـ يقال لمن فقد أمه دون أبيه: منقطع. واليتيم في البهائم: من فقد أمه. وفي الطير: من فقد أباه وأمه.

ويشترط في إعطاء اليتيم لا في تسميته يتيماً. فقره أو مسكنته. لإشعار لفظ اليتيم بذلك، ولأن اغتناءه بمال أبيه منع استحقاقه فاغتناؤه بماله أولى بمنعه.

---

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الوصايا (٢٨٧٣) والبيهقي في السنن ٧/ ٥٧ والطبراني في الصغير ١/ ٩٦ وانظر تلخيص الحبير ٣/ ١٠١ نصب الراية ٣/ ٢١٩.

وَسَهْمٌ لِلْمَسَاكِينِ، وَسَهْمٌ لأَبْنَاءِ السَّبِيلِ.

(و) **الرابع** ـ (سهم للمساكين للآية). ويدخل في هذا الاسم هنا الفقراء كما قاله في الروضة.

(و) **الخامس** ـ (سهم لابن السبيل) أي: الطريق، للآية. وابن السبيل منشىء سفر مباح من محل الزكاة. كما في قسم الصدقات. أو مجتاز به في سفر، واحداً كان أو أكثر، ذكراً أو غيره، سمي بذلك لملازمته السبيل، وهي الطريق وشرط في إعطائه لا في تسميته ـ الحاجة: بأن لا يجد ما يكفيه غير الصدقة، وإن كان له مال في مكان آخر أو كان كسوباً. أو كان سفره لنزهة. لعموم الآية.

تتمة ـ يجوز للإمام أن يجمع للمساكين بين سهمهم من الزكاة وسهمهم من الخمس وحقهم من الكفارات. فيصير لهم ثلاثة أموال قال الماوردي: وإذا وجد في واحد منهم يتم ومسكنة أعطي باليتم دون المسكنة، لأن اليتم وصف لازم. والمسكنة زائلة، واعترض[1] بأن اليتم لا بد فيه من فقر أو مسكنة. وقضية كلام الماوردي أنه إذا كان الغازي من ذوي القربى لا يأخذ بالغزو، بل بالقرابة فقط، لكن ذكر الرافعي في قسم الصدقات أنه يأخذ بهما. واقتضى كلامه أنه لا خلاف فيه وهو ظاهر. والفرق بين الغزو والمسكنة أن الأخذ بالغزو لحاجتنا وبالمسكنة لحاجة صاحبها. ومن فقد من الأصناف أعطي الباقون نصيبه كما في الزكاة، إلا سهم رسول الله ﷺ فإنه للمصالح كما مر، ويصدق مدعي المسكنة والفقر بلا بينة، وإن اتهم. ولا يصدق مدعي اليتم ولا مدعي القرابة إلا ببينة.

---

(١) أي كلام الماوردي بأن اليتيم لا بد فيه من فقر أو مسكنة أي فلا يقال اجتمع في واحد يتم ومسكنة لأن المسكنة شرط في اليتيم أي فهما مجتمعان دائماً ويجاب بأن مراده أنه لا ينظر إلى المسكنة إلا إذا كانت منفردة عن اليتم فإذا اجتمعا لم ينظر في أصل الإعطاء إلا إلى اليتم وهذا كاف في الجواب والمعترض هو الأذرعي وعبارة م ر قال الأذرعي وهو ساقط لأن اليتم الخ. ويجاب عن الاعتراض بأن المراد أنه يعطى من سهم اليتامى لا من سهم المساكين.

وَيُقْسَمُ مَالُ الْفَيءِ عَلَى خَمْسٍ، يُصْرَفُ خَمُسُهُ عَلَى مَنْ يُصْرَفُ عَلَيْهِمْ خُمُسُ الغَنِيمَةِ

(فَصْـلٌ) فِي قسْمِ الْـفَـيْءِ[1]

وهو مال أو نحوه ككلب ينتفع به حصل لنا من كفار مما هو لهم بلا قتال وبلا إيجاف أي إسراع خيل ولا سير ركاب أي إبل ونحوها كبغال وحمير وسفن ورجالة.

فخرج بلنا ما حصله أهل الذمة من أهل الحرب فلا ينزع منهم ومما هو لهم ما أخذوه من مسلم أو ذمي أو نحوه بغير حق فإننا لم نملكه. بل نرده على مالكه إن عرف. وإلا فيحفظ. ومن الفيء الجزية، وعشر تجارة من كفار شرطت عليهم إذا دخلوا دارنا. وخراج ضرب عليهم على اسم جزية وما جلوا ـ أي تفرقوا ـ عنه ولو بغير خوف كضر أصابهم وما قتل أو مات على الردة أو ذمي أو نحوه مات بلا وارث أو ترك وارثاً غير جائز.

ثم شرع في قسمته بقوله: (ويقسم مال الفيء) وما ألحق به من الاختصاصات (على خمس) لقوله تعالى: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى﴾ [الحشر: ٧] الآية. (يصرف خمسه) وجوباً (على من يصرف عليهم خمس الغنيمة) فيخمس جميعه خمسة أخماس متساوية كالغنيمة، خلافاً للأئمة الثلاثة قالوا: لا يخمس، بل جميعه لمصالح المسلمين، ودليلنا قوله تعالى: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ﴾ [الحشر: ٧] الآية. فأطلق هنا[2] وقيد في الغنيمة فحمل المطلق على المقيد

(١) ذكره بعد الغنيمة لمناسبته لها لأن كلًّا يتعلق بالإمام ولاشتراكهما في مصرف خمس الخمس والفيء مصدر فاء إذا رجع فالمراد المال الراجع أو المال المردود من إطلاق المصدر على اسم الفاعل أو المفعول والمشهور تغاير الفيء والغنيمة كما يؤخذ من تعريفهما وقيل الفيء يشمل الغنيمة دون العكس فتكون أخص فكل فيء غنيمة ولا عكس.

(٢) أي في الفيء أي لم يقيد القسمة على الخمسة أصناف بالخمس حيث قال ﴿ما أفاء الله على رسوله﴾ الخ فاقتضى أن جميع الفيء يقسم على الخمسة أصناف وقيد في الغنيمة القسمة على تلك الأصناف بالخمس حيث قال فإن لله خمسه الخ فحملنا المطلق وهو آية الفيء على المقيد وهو آية الغنيمة.

وَيُعْطَى أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهِ لِلْمُقَاتِلَةِ وَفِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ.

جمعها بينهما لاتحاد الحكم فإن الحكم واحد، وهو رجوع المال من المشركين للمسلمين. وإن اختلف السبب بالقتال وعدمه. كما حملنا الرقبة في الظهار على المؤمنة في كفارة القتل. وكان ﷺ يقسم له أربعة أخماسه[١] وخمس خمسه. ولكل من الأربعة المذكورين معه في الآية خمس الخمس كما مر في الفصل قبله، وأما بعده ﷺ فيصرف ما كان له من خمس الخمس (ويعطى أربعة أخماسها) التي كانت له ﷺ في حياته (للمقاتلة) أي المرتزقة. لعمل الأولين به، لأنها كانت لرسول الله ﷺ لحصول النصرة به والمقاتلون بعده هم المرصدون للقتال (في مصالح المسلمين)[٢] بتعيين الإمام لهم سموا مرتزقة، لأنهم أرصدوا أنفسهم للذَّبِّ عَنِ الدِّينِ، وطلبوا الرزق من مال الله، وخرج بهم المتطوعة وهم الذين يغزون إذا نشطوا. وإنما يعطون من الزكاة لا من الفيء عكس المرتزقة.

تتمة ـ يجب على الإمام أن يبحث حال كل واحد من المرتزقة وعمن تلزمه نفقتهم من أولاد وزوجات ورقيق لحاجة غزو أو لخدمة إن اعتادها لا رقيق زينة وتجارة وما يكفيهم، فيعطيه كفايته وكفايتهم من نفقة وكسوة وسائر المؤن بقدر الحاجة، ليتفرغ للجهاد، ويراعى في الحاجة حاله في مروءته وضدها، والمكان والزمان والرخص والغلاء وعادة البلد في المطاعم والملابس، ويزاد إن زادت حاجته للقتال معه أو لخدمته إذا كان ممن يخدم، وتعطى زوجته وأولاده الذين تلزمه نفقاتهم في حياته إذا مات بعد أخذ نصيبه، لئلا يشتغل الناس بالكسب على الجهاد إذا علموا ضياع عيالهم بعدهم، وتعطى الزوجة حتى تنكح لاستغنائها بالزوج، ولو استغنت بكسب أو إرث أو نحوه كوصية لم تعط، وحكم أم الولد كالزوجة كذا الزوجات.

---

(١) أي الخمسة وفي نسخة أخماسه أي الفيء.

(٢) كذا في النسخ والتي شرح عليها الغزي وفي مصالح المسلمين بالواو وقال وأشار به المصنف إلى أنه يجوز للإمام أن يصرف الفاضل عن حاجات المرتزقة في مصالح المسلمين من إصلاح الحصون والثغور ومن شراء سلاح وخيل على الصحيح اهـ فكان الأولى أن يأتي الشارح بقوله في مصالح المسلمين بعد التتمة ويأتي معها بالواو. وفي بعض النسخ وفي مصالح بالواو وعلى كل حال لم يبين الشارح المراد منها تأمل.

فــصل

ويعطى الأولاد حتى يستقوا بكسب أو نحوه كوصية، واستنبط السبكي رحمه الله تعالى من هذه المسألة[١] أن الفقيه أو المعيد[٢] أو المدرس إذا مات تعطى زوجته وأولاده مما كان يأخذ ـ ما يقوم بهم، ترغيباً في العلم كالترغيب هنا في الجهاد، انتهى، وفرق بعضهم بينهما بأن الإعطاء من الأموال العامة ـ وهي أموال المصالح ـ أقوى من الخاصة كالأوقاف، فلا يلزم من التوسع في تلك التوسع في هذه، لأنه مال معين أخرجه شخص لتحصيل مصلحة نشر العلم في هذا المحل المخصوص، فكيف يصرف مع انتفاء الشرط. ومقتضى هذا الفرق الصرف لأولاد العالم من مال المصالح كفايتهم كما كان يصرف لأبيهم، وهذا هو الظاهر.

(فَصْـلٌ) فِي الْـجِزْيَةِ[٣]

تطلق على العقد، وعلى المال الملتزم به، وهي مأخوذة من المجازاة، لكفنا عنهم، من الجزاء بمعنى القضاء، قال تعالى: ﴿وَاتَّقُوا يَوماً لَا تَجْزِي نَفْسٌ عَنْ نَفْسٍ شَيـاً﴾ [البقرة: ٤٨] أي لا تقضي.

---

(١) أي مسألة جواز أخذ أولاد المرتزق وزوجاته من مال المصالح.

(٢) أي معيد الدرس للطلبة بعد قراءة الشيخ.

(٣) ذكرها عقب الجهاد لأن الله تعالى غيا قتالهم بإعطائها في قوله ﴿حتى يعطوا الجزية﴾ وليست في مقابلة تقريرهم على الكفر جزماً بل فيها نوع إذلال لهم واختلف الأصحاب فيما يقابلها فقيل هو سكنى الدار وقيل ترك قتالهم في دارناوقال الإمام: الوجه أن يجمع مقاصد الكفار من تقرير وحقن دم ومال ونساء وذرية وذبّ عنه وتجعل الجزية في مقابلته وهي مغياة بنزول عيسى عليه السلام لما في الحديث الصحيح «إنه ينزل حاكماً مقسطاً فيكسر الصليب ويقتل الخنزير ولا يقبل الجزية» قال في الفتح والمعنى أن الدين يصير واحداً فلم يبق أحد من أهل الذمة يؤدي الجزية وقيل معناه أن المال يكثر حتى لا يبقى من يمكن صرف مال الجزية له فتترك الجزية استغناء عنها قال ابن طال: وإنما شرعت قبل نزول عيسى للحاجة إلى المال بخلاف زمن عيسى فإنه لا يحتاج فيه إلى مال فإن المال في زمنه يكثر حتى لا يقبله أحد. وسبب كثرته نزول البركات وتوالي الخيرات بسبب العدل وعدم الظلم وحينئذ تخرج الأرض كنوزها وتقلّ الرغبات في اقتناء المال لعلمهم بقرب الساعة. قال العلماء: الحكمة في نزول عيسى دون غيره من الأنبياء للرد على اليهود في زعمهم أنهم قتلوه فبيّن الله كذبهم وأنه الذي يقتلهم، أو نزوله لدنوّ أجله ليدفن في الأرض إذ ليس =

وَشَرَائِطُ وُجُوبِ الْجِزْيَةِ خَمْسُ خِصَالٍ: الْبُلُوغُ، وَالْعَقْلُ،

والأصل فيها قبل الإجماع آية: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ﴾ [التوبة: ٢٩] وقد أخذها النبيّ ﷺ من مجوس هجر. وقال «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ» كما رواه البخاري[1]، ومن أهل نجران كما رواه أبو داود، [والمعنى في ذلك أن في أخذها معونة لنا وإهانة لهم]، وربما يحملهم ذلك على الإسلام. وفسر إعطاء الجزية في الآية بالتزامها والصغار بالتزام أحكامنا.

وأركانها خمسة: عاقد، ومعقود له، ومكان، ومال، وصيغة.

وشرط في الصيغة ـ هي الركن الأول ـ ما مر في شرطها في البيع والصيغة: إيجاباً كأقررتكم أو أذنت في إقامتكم بدارنا ـ مثلاً ـ على أن تلتزموا كذا جزية وتنقادوا لحكمنا وقبولاً، نحو: قبلنا ورضينا.

وشرط في العاقد: كونه إماماً بنفسه أو بنائبه.

ثم شرع المصنف في شروط المعقود له ـ وهو الركن الثاني ـ بقوله (وشرائط وجوب) ضرب (الجزية) على الكفار المعقود لهم (خمس خصال):

الأولى ـ (البلوغ. و) الثانية: (العقل) فلا يصح عقدها مع صبي ولا مجنون ولا من وليهما. لعدم تكليفهما ولا جزية عليهما، وإن كان المجنون بالغاً ولو بعد عقد

= لمخلوق من التراب أن يموت في غيرها، وقيل إنه دعا الله لما رأى صفة محمد وأمته أن يجعله منهم فاستجاب الله دعاءه وأبقاه حتى ينزل في آخر الزمان يجدد أمر الإسلام فيوافق خروج الدجال فيقتله والأوّل أوجه، وفي عيسى عليه السلام ألغز ابن السبكي في قوله:

من باتفاق جميع الخلق أفضل من	شيخ الأنام أبي بكر ومن عمر
ومن عليّ ومن عثمان وهو فتى	من أمة المصطفى المختار من مضر

تنقطع مشروعيتها بنزول عيسى عليه السلام لأنه لا يبقى لهم حينئذ شبهة بوجه فلم يقبل منهم إلا الإسلام وهذا من شرعنا أي كونها مغياة بنزول عيسى لأنه ينزل به حاكماً به أي بشرعنا متلقياً له من القرآن والسنة والإجماع أو عن اجتهاد مستمد من هذه الثلاثة والظاهر أن المذاهب في زمنه لا يعمل منها إلا بما يوافق ما يراه لأنه لا يخطىء.

(١) أخرجه مالك في الموطأ ٢٧٨/١ (٤٢) والشافعي (١١٨٢) والبيهقي ١٨٩/٩ وابن أبي شيبة ٣/ ٢٢٤ وعبدالرزاق (١٠٠٢٥) والطبراني في الكبير ١٩/ ٤٣٧.

وَالْحُرِّيَّةُ، والذُّكُورِيَّةُ، وَأَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ، أَوْ مِمَّنْ لَهُ شُبْهَةُ كِتَابٍ.

الجزية إن أطبق جنونه فإن تقطع وكان قليلاً كساعة من شهر لزمته، ولا عبرة بهذا الزمن اليسير، وكذا لا أثر ليسير زمن الإقامة كما بحثه بعضهم. وإن كان كثيراً اليوم ويوم[1] فالأصح تلفيق زمن الإفاقة فإذا بلغ سنة وجبت جزيتها.

(و) **الثالثة** ـ (الحرية) فلا يصح عقدها مع الرقيق ولو مبعضاً: ولا جزية على متحمض الرق إجماعاً ولا على المبعض على المذهب.

(و) **الرابعة** ـ (الذكورية) فلا يصح عقدها مع امرأة ولا جزية عليها، لقوله تعالى: **﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ﴾** إلى قوله **﴿وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾** [التوبة: ٢٩] وهو خطاب للذكور. ويحكي ابن المنذر فيه الإجماع، وروى البيهقي عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه كتب إلى أمراء الأجناد: أن لا تأخذوا الجزية من النساء والصبيان ولا من خنثى، ولا جزية عليه، لاحتمال كونه أنثى فإن بانت ذكورته، وقد عقد له الجزية طالبناه بجزية المدة الماضية عملاً بما في نفس الأمر، بخلاف ما لو دخل حربي دارنا وبقي مدة ثم اطلعنا عليه لا نأخذه شيئاً لما مضى. لعدم عقد الجزية له، والخنثى كذلك إذا بانت ذكورته ولم تعقد له الجزية، وعلى هذا التفصيل يحمل إطلاق من صحح الأخذ منه ومن صحح عدمه.

(و) **الخامسة** ـ (أن يكون) المعقود معه (من أهل الكتاب) كاليهود والنصارى من العرب والعجم الذين لم يعلم دخولهم في ذلك الدين بعد نسخه لأصل أهل الكتاب، وقد قال تعالى: **﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ﴾** إلى أن قال **﴿مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾** [التوبة: ٢٩] (أو ممن له شبهة كتاب) كالمجوس، لأنه ﷺ أخذها منهم وقال: «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ» ولأن لهم شبهة كتاب، وكذا تعقد لأولاد من تهود أو تنصر قبل النسخ لدينه ولو بعد التبديل، وإن لم يجتنبوا المبدل منه تغليباً لحقن الدم، ولا تحل ذبيحتهم[2]، ولا مناكحتهم، لأن الأصل في الميتات والأبضاح

---

(١) هذا ما في خط المؤلف وفي نسخة ويومين.

(٢) راجع للمجوس أي أن المجوس تعقد لهم الجزية ومع ذلك لا تحل ذبيحتهم ويصح رجوعه لقوله ولو بعد التبديل وإن لم يجتنبوا المبدل.

. . . .

التحريم. وتعقد أيضاً لمن شككنا في وقت تهوده أو تنصره فلم نعرف أدخلوا في ذلك الدين قبل النسخ أو بعده تغليباً لحقن الدم كالمجوس، وبذلك حكمت الصحابة في نصارى العرب وأما الصابئة[1] والسامرة فتعقد لهم الجزية إن لم تكفرهم اليهود والنصارى ولم يخالفوهم في أصول دينهم[2]، وإلا فلا تعقد لهم، وكذا تعقد لهم لو أشكل أمرهم. وتعقد لزاعم التمسك بصحف إبراهيم وصحف شيث ـ وهو ابن آدم لصلبه ـ وزبور داود، لأن الله تعالى أنزل عليهم صحفاً فقال: ﴿صُحُفِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى﴾ [الأعلى: ١٩] وقال: ﴿وَإِنَّهُ لَفِي زُبُرِ الْأَوَّلِينَ﴾ [الشعراء: ١٩٦] وتسمى كتباً كما نص عليه الشافعي. فاندرجت في قوله تعالى: ﴿مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ [التوبة: ٢٩] ومن أحد أبويه كتابي والآخر وثني تغليباً لحقن الدم وتحرم ذبيحته ومناكحته احتياطاً.

وأما من ليس لهم كتاب ولا شبهة كتاب كعبدة الأوثان والشمس والملائكة ومن في معناهم ـ كمن يقول: إن الفلك حي ناطق، وإن الكواكب السبعة آلهة ـ فلا يقرون بالجزية.

ولو بلغ ابن ذمي[3] ولم يعط الجزية ألحق بمأمنه، وإن بذلها عقدت له، والمذهب وجوبها على زمن وشيخ وهرم وأعمى وراهب وأجير، لأنها كأجرة الدار، وعلى فقير عجز عن كسب. فإذا تمت سنة وهو معسر ففي ذمته حتى يوسر، وكذا حكم السنة وما بعدها.

---

(١) الصابئة طائفة من النصارى نسبة إلى صابيء عم نوح والسامرة فرقة من اليهود نسبة للسامري عابد العجل وهو الذي صنعه.

(٢) هي موسى والتوراة وعيسى والإنجيل وإن خالفوهم في الفروع فأصل دين كل أمة نبيها وكتابها.

(٣) أي وصورة المسألة أنه عقد على الأوصاف وأما إن كان العقد على الأشخاص فلا يتوجه عليه طلب لأنه لم يباشر العقد ولم يتبع عقد غيره وإنما كان يبلغ المأمن لأنه كان معصوماً تبعاً لأبيه ومثل البلوغ الإفاقة من الجنون فهو كذلك في التفصيل المتقدم.

وَأَقَلُّ الْجِزْيَةِ دِينَارٌ فِي كُلِّ حَوْلٍ،

ثم شرع في الركن الثالث ـ وهو المال ـ بقوله: (وأقل الجزية دينار[١] في كل حول) عن كل واحد، لما رواه الترمذي وغيره عن معاذ أنه ﷺ: «لَمَّا وَجَّهَهُ إِلَى الْيَمَنِ أَمَرَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ دِينَاراً أَوْ عِدْلَهُ مِنَ الْمَعَافِرِ»[٢] وهي ثياب تكون باليمن.

تنبيه ـ ظاهر الخبر أن أقلها دينار أو ما قيمته دينار. وبه أخذ البلقيني والمنصوص الذي عليه الأصحاب كما هو ظاهر عبارة المصنف أن أقلها دينار. وعليه إذا عقدها به جاز أن يعتاض عنه ما قيمته دينار، وإنما امتنع عقدها بما قيمته دينار لأن قيمته قد تنقص عنه آخر المدة، ومحل كون أقلها ديناراً عند قوتنا. وإلا فقد نقل الدارمي عن المذهب أنه يجوز عقدها بأقل من دينار. نقله الأذرعي. وقال: إنه ظاهر متجه. وقضية كلام المصنف تعلق الوجوب بقضاء الحول. وقال القفال: اختلف قول الشافعي في أن الجزية تجب بالعقد وتستقر بانقضاء الحول أو تجب بانقضائه. وبنى عليهما إذا مات في أثناء الحول: هل تسقط فإن قلنا بالعقد لم تسقط، وإلا سقطت، حكاه القاضي حسين في الأسرار.

ولا حد لأكثر الجزية، ويندب للإمام مماكسة[٣] الكفار العاقد لنفسه أو لموكله

---

(١) ظاهره يقتضي أنه يجوز الاقتصار على دينار ولو لغني ومتوسط ويحمل على ما إذا كانت المماكسة سنة بأن احتمل أن يجيبوه في دعوى التوسط أو الغنى وأن لا يجيبوه فيجوز ترك المماكسة ويعقد بدينار ويصدّقهم في دعوى الفقر وأما إذا كانت المماكسة واجبة بأن علم أو ظن أنهم يجيبونه في دعوى الغنى أو التوسط فلا يجوز ترك المماكسة ويعقد بدينار ويصدّقهم في دعوى الفقر لأنه متى أمكن العقد بأكثر من دينار لا يجوز العقد بدونه وإن علم عدم إجابتهم لما ذكر كانت المماكسة مباحة والدينار هو المضروب من الذهب الخالص فلا يجوز لنا العقد بغيره وإن ساواه ويجوز بعد العقد أخذ غيره عنه عوضاً بقيمته ولو مغشوشاً غير رابح ولا يجوز أخذ زيادة منهم على ما عقد عليه إلا بنحو عقد كهبة.

(٢) أخرجه أبو داود ٣/ ٤٢٨ (٣٠٣٨) والترمذي ٣/ ٢٠ (٦٢٣) والنسائي ٥/ ٢٦ وأحمد في المسند ٥/ ٢٣٠ وابن حبان كذا في الموارد ص ٢٠٣ (٧٩٤) والحاكم في المستدرك ١/ ٣٩٨) وقال صحيح على شرط الشيخين وأقره الذهبي.

(٣) أي غير الفقير، والمماكسة طلب زيادة على الدينار ومحل ذلك إذا لم يعلم ولم يظن إجابتهم بالأكثر من دينار ولا عدمها فإن علم أو ظن إجابتهم للعقد بأكثر من دينار وجبت المماكسة .

وَيُؤْخَذُ مِنَ الْمُتَوَسِّطِ دِينَارَانِ، وَمِنَ الْمُوسِرِ أَرْبَعَةُ دَنَانِيرَ، اسْتِحْبَاباً. وَيَجُوزُ

في قدر الجزية حتى تزيد عن دينار (و) على هذا (يؤخذ من المتوسط ديناران، ومن الموسر أربعة دنانير) ومن الفقير دينار (استحباباً) اقتداء بعمر رضي الله تعالى عنه كما رواه البيهقي، ولأن الإمام منصرف للمسلمين. فينبغي أن يحتاط لهم، فإذا أمكنه أن يعقد بأكثر منه لم يجز أن يعقد بدونه إلا لمصلحة.

تنبيه ـ هذا[1] بالنسبة إلى ابتداء العقد إذا انعقد على شيء فلا يجوز أخذ شيء زائداً عليه كما نص عليه في سير الواقدي، ونقله الزركشي عن نص الأم، ولو عقدت الجزية للكفار بأكثر من دينار ثم علموا به بعد العقد جواز دينار لزمهم بما التزموه كمن اشترى شيئاً بأكثر من ثمن مثله ثم علم الغبن، فإن أبوا بذل الزيادة بعد العقد كانوا ناقضين للعهد، كما لو امتنعوا من أداء أصل الجزية، ولو أسلم ذمي أو نبذ العهد أو مات بعد سنين وله وارث مستغرق أخذت جزيتهن منه في الأولين ومن تركته في الثالثة مقدمة على حق الورثة كالخراج وسائر الديون، وأما إذا لم يخلف وارثاً فتركته فيء أو أسلم أو نبذ العهد أو مات في خلال سنة فقسط لما مضى كالأجرة.

(ويجوز) كما هو قضية كلام الجمهور، والراجح كما في المنهاج أنه يستحب

---

(١) أي ندب المماكسة وهذا إذا عقد على الأشخاص أما إذا عقد على الأوصاف فالمماكسة عند العقد والأخذ معاً. والحاصل أن الإمام تارة يعقد على الأشخاص فله المماكسة عند العقد فقط بأن يقول الكافر أنا فقير اعقد لي بدينار فيقول الإمام له أنت غني أو متوسط مثلاً فيماكسه حتى يعقد له بدينارين إن اتفقا على التوسط أو بأربعة إن اتفقا على الغنى ومتى عقد بشيء لزم وسواء استمر الكافر على الحالة التي عقد له عليها أم لا لأن العبرة بما اتفقا عليه ثم هذه المماكسة إن كانت سنة جاز تركها وتصديق الكافر في دعوى الفقر ويعقد بدينار وإن كانت واجبة فلا يجوز تركها فلو تركها وعقد بدون الأربعة أو الدينارين لم يصح وأما إذا عقد على الأوصاف فيجوز له أن يماكس عند العقد بأن يقول الإمام جعلت على الغني من أهل تلك الجهة أربعة دنانير والمتوسط دينارين فيقولون له الجهة المذكورة كلها فقراء اجعل عليها ديناراً ويجوز له أيضاً أن يماكس عند الأخذ بأن يدفع له الكافر ديناراً ويقول له أنا من الفقراء فيقول له أنت من الأغنياء مثلاً وفي الحالتين أي المماكسة عند العقد وعند الأخذ إن كانت سنة جاز تركها ويعقد في الأوّل بدينار وعند الأخذ يتركها ويأخذ ديناراً أيضاً وإن كانت واجبة فلا يجوز له تركها والعقد بدينار ولا تركها عند الأخذ وأخذ دينار.

أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهِمْ الضِّيَافَةَ فَضْلاً عَنْ مِقْدَاءِ الْجِزْيَةِ.

للإمام (أن يشترط) بنفسه أو بنائبه (عليهم)[1] أي على غير فقير. من غني أو متوسط في العقد برضاهم (الضيافة) أي ضيافة من يمر بهم منا. بخلاف الفقير. لأنها تتكرر، فلا يتيسر له (فضلاً) أي فاضلاً (عن مقدار الجزية) لأنها مبنية على الإباحة والجزية على التمليك. ويجعل ذلك ثلاثة أيام فأقل. ويذكر عدد الضيفان رجلاً وخيلاً، لأنه أنفى للغرر وأقطع للنزاع، بأن يشترط ذلك على كل منهم، أو على المجموع كأن يقول: وتضيفون في كل سنة[2] ألف مسلم. وهم يتوزعون فيما بينهم، أو يتحمل بعضهم عن بعض، ويذكر منزلهم ككنيسة أو فاضل مسكن. وجنس طعام وأدم وقدرهما لكل منا ويذكر العلف للدواب: ولا يشترط ذكر جنسه ولا قدره، ويحمل على تبن ونحوه بحسب العادة إلا الشعير ونحوه كالفول إن ذكره فيقدره، ولو كان لواحد دواب ولم يعين عدداً منها لم يعلف له إلا واحدة على النص.

والأصل في ذلك ما روى البيهقي أنه ﷺ «صَالَحَ أَهْلُ أَيْلَةَ عَلَى ثَلاثِمائَةِ دِينَارٍ، وَكَانُوا ثَلاَثِمائَةَ رَجُلٍ، وعلى ضيافة من يمر بهم من المسلمين» وروى الشيخان خبر: «الضِّيَافَةُ ثَلاَثَةُ أَيَّامٍ» وليكن المنزل بحيث يدفع الحر والبرد.

والركن الرابع ـ العاقد. وشرط فيه كونه إماماً، فيعقد بنفسه أو بنائبه فلا يصح عقدها من غيره، لأنها من الأمور الكلية، فتحتاج إلى نظر واجتهاد لكن لا يغتال المعقود له. بل يبلغ مأمنه. وعليه إجابتهم إذا طلبوا، وأمن إذا لم يخف غائلتهم ومكيدتهم، فإن خاف ذلك كأن يكون الطالب جاسوساً يخاف شرهم لم يجبهم.

والأصل في ذلك خبر مسلم عن بريدة: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِذَا

---

(٢) كلام مجمل. حاصله أنه إن احتمل أن يوافقوه على شرط الضيافة وأن لا يوافقوه كأن شرطها سنة وإن علم أن يوافقوه أو ظن وجب شرطها وإن علم عدم إجابتهم كان الشرط مباحاً وكل هذا عند رضاهم وطيب نفسهم وإلا حرم شرط الضيافة وينبغي اعتبار قبولهم كقبول الجزية.

(٣) هذا المثال لقوله أو على المجموع ومثال قوله على كل منهم كأن يقول أقررتكم على أن على الغني أربعة دنانير وعليه ضيافة عشرة أنفس مثلاً في كل يوم من المشاة كذا والركبان.

. . . .

أَمَّرَ أَمِيراً عَلَى جَيْشٍ أَوْ سَرِيَّةٍ أَوْصَاهُ» إلى أن قال «فَإِنْ هُمْ أَبَوْا فَاسْأَلْهُمُ الْجِزْيَةَ، فَإِنْ هُمْ أَجَابُوا فَاقْبَلْ مِنْهُمْ، وَكُفَّ عَنْهُمْ».

ويستثنى الأسير إذا طلب عقدها فلا يجب تقريره بها.

والركن الخامس: المكان[١]: ويشترط فيه قبوله للتقرير فيه، فيمنع كافر ولو ذمياً إقامة بالحجاز[٢]، وهو مكة والمدينة واليمامة[٣]، وطرق الثلاثة وقراها كالطائف لمكة وخيبر للمدينة، فلو دخله بغير إذن الإمام أخرجه منه، وعزره إن كان عالماً بالتحريم، ولا يأذن له في دخوله الحجاز ـ غير حرم مكة ـ إلا لمصلحة كرسالة وتجارة فيها كبير

---

(١) المكان في حق الكفار ثلاثة أقسام: أحدها الحرم فلا يدخله كافر ذمياً كان أو مؤمناً. ثانيها بلاد الحجاز فيحوز دخولهم بالإذن ولا يقيمون فيه أكثر من ثلاثة أيام. ثالثها سائر بلاد الإسلام فلا يمنعون منها لكن لا يدخلون مسجداً إلا لحاجة وإذن مسلم وجوّز أبو حنيفة وأهل الكوفة للمعاهد دخول الحرم.

(٢) من الحجز سمي بذلك لأنه حجز بين نجد وتهامة أو بين الشأم واليمن أو لحجزه بالجبال والحجارة وهذه أولى ق ل وهو مقابل لأرض الحبشة من شرقيها وطوله مسيرة شهر من العقبة من منازل الحج المصري إلى سدوم أقصى مدينة عدن إلى ريف العراق وعرضه من جدة إلى الشأم ويحيط به بحر الدجلة والفرات وبحر الحبشة وبحر فارس فلذلك سمي جزيرة العرب كما يسمى حجازاً. وقوله فيمنع كافر إقامة الحجاز أفهم كلامه جواز شراء أرض فيه لم يقم فيها قيل وهو الأوجه لكن الصواب منعه لأن ما حرم استعماله حرم اتخاذه كالأواني وآلات اللهو وإليه يشير قول الشافعي ولا يتخذ الذمي شيئاً من الحجاز داراً وإن ردّ بأن هذا ليس من ذاك أي من القاعدة المذكورة لأنه لا يجر إلى الاستعمال ولا يمنعون ركوب بحر خارج الحرم بخلاف جزائره المكونة قال القاضي ولا يمكنون من المقام في المراكب أكثر من ثلاثة أيام كالبرّ ولعل مراده كما قال ابن الرفعة إذا أذن الإمام وأقام بموضع واحد.

(٣) هي بلد مسيلمة الكذاب وهي مدينة بقرب اليمن على أربع مراحل. من مكة ومرحلتين من الطائف، وسميت باسم جارية زرقاء كانت تسكنها وكانت تبصر الراكب من مسافة ثلاثة أيام وسار إليها أعداؤها وجعلوا الأشجار على ظهور الإبل فرأتهم من مسافة ثلاثة أيام فقالت لقومها أرى بساتين سيارة على وجه الأرض فهزئوا بها وقالوا فسد نظرها البساتين تسير على وجه الأرض؟ فما شعروا حتى هجموا عليهم اليمامة فقتلوهم وأخذوا الزرقاء فقتلوها وقلعوا عينها فرأوا عروقها من داخل قد امتلأت بالكحل.

وَيَتَضَمَّنُ عَقْدُ الجِزْيَةِ أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ: أَنْ يُؤَدُّوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَصَغَارٍ. وَأَنْ تَجْرِيَ عَلَيْهِمْ أَحْكَامُ الإِسْلَامِ،

حاجة، فإن لم يكن فيها كبير حاجة لم يأذن إلا بشرط أخذ شيء من متاعها كالعشر، ولا يقيم فيه بعد الإذن له إلا ثلاثة أيام، فلو أقام في موضع ثلاثة أيام ثم انتقل إلى آخر وبينهما مسافة القصر وهكذا ـ فلا منع ـ فإن مرض فيه وشق نقله منه، أو خيف منه موته، ترك مراعاة لأعظم الضررين، فإن مات فيه وشق نقله منه دفن فيه للضرورة، نعم الحربي لا يجب دفنه. ولا يدخل حرم مكة، ولو لمصلحة، لقوله تعالى: ﴿فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ﴾ [التوبة: ٢٨] والمراد جميع الحرم. لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً﴾ [التوبة: ٢٨] أي فقراً بمنعهم من الحرم وانقطاع ما كان لكم بقدومهم من المكاسب ﴿فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ [التوبة: ٢٨] ومعلوم أن الجلب إنما يجلب إلى البلد لا إلى المسجد نفسه، والمعنى في ذلك أنهم أخرجوا النبيّ ﷺ منه، فعوقبوا بالمنع من دخوله بكل حال، فإن كان رسولاً خرج إليه الإمام بنفسه أو نائبه يسمعه، فإن مرض فيه أخرج منه، وإن خيف موته، فإن مات فيه لم يدفن فيه، فإن دفن فيه نبش وأخرج منه إلى الحل، لأن بقاء جيفته فيه أشد من دخوله حياً. ولا يجري هذا الحكم في حرم المدينة، لاختصاص حرم مكة بالنسك، وثبت أنه ﷺ أدخل الكفار مسجده، وكان ذلك بعد نزول براءة.

(ويتضمن عقد الذمة) أي الجزية المشتمل على هذه الأركان الخمسة، وقد قال البلقيني: نفس العقد يشتمل: الإيجاب والقبول والقدر المأخوذ والموجب والقابل، فجعله متضمناً لغالب الأركان، ثم بين ما تضمنه بقوله: (أربعة أشياء) **الأول**: (أن يؤدوا الجزية عن يد) أي ذلة (وصغار) أي احتقار، وأشده على المرء أن يحكم عليه بما لا يعتقده ويضطر إلى احتماله قاله في الزوائد، فتؤخذ برفق كسائر الديون. ويكفي في الصغار المذكور في آيتها أن يجري عليه الحكم بما لا يعتقد حله، كما فسره الأصحاب بذلك، وتفسيره، بأن يجلس الآخذ ويقوم الكافر ويطأطىء رأسه ويحني ظهره ويضع الجزية في الميزان ويقبض الآخذ لحيته ويضرب لهزمتيه ـ وهما مجتمع اللحم بين الماضغ والأذن من الجانبين ـ مردود بأن هذه الهيئة باطلة. ودعوى استحبابها أو وجوبها أشد بطلاناً. ولم ينقل أن النبيّ ﷺ ولا أحداً من الخلفاء الراشدين فعل شيئاً منها (و) **الثاني**: (أن تجري عليهم أحكام الإسلام) في غير العبادات، من

وَأَنْ لاَ يَذْكُرُوا دِينَ الإِسْلاَمِ إِلاَّ بِخَيْرٍ، وَأَنْ لاَ يَفْعَلُوا مَا فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْمُسْلِمِينَ

حقوق الآدميين: في المعاملات، وغرامة المتلفات، وكذا ما يعتقدون تحريمه كالزنا والسرقة، دون ما لا يعتقدون تحريمه كشرب الخمر ونكاح المجوس وإنما وجب التعرض لذلك في الإيجاب، لأن الجزية مع الانقياد والاستسلام كالعوض عن التقرير، فيجب التعرض له كالثمن في البيع والأجرة في الإجارة، وهذا في حق الرجل، وأما المرأة فيكفي فيها الانقياد لحكم الإسلام فقط **(و) الثالث**: (أن لا يذكروا دين الإسلام إلا بخير) لإعزازه، فلو خالفوا وطعنوا فيه أو في القرآن العظيم أو ذكروا رسول الله ﷺ بما لا يليق بقدره العظيم عزروا، والأصح أنه إن شرط انتقاض العهد بذلك انتقض، وإلا فلا **(و) الرابع**: (أن لا يفعلوا ما فيه ضرر للمسلمين) كأن قاتلوهم ولا شبهة لهم، أو امتنعوا من أداء الجزية أو من إجراء حكم الإسلام عليهم، فإن فعلوا شيئاً من ذلك انتقض عهدهم[1]، وإن لم يشترط الإمام عليهم الانتقاض به، ويمنعون أيضاً من سقيهم خمراً أو إطعامهم خنزيراً أو إسماعهم قولاً شركاً، كقولهم: الله ثالث ثلاثة، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً ومن إظهار خمر وخنزير وناقوس وعيد. ومتى أظهروا خمورهم أريقت: وقياسه إتلاف الناقوس ـ وهو ما يضرب به النصارى لأوقات الصلاة ـ إذا أظهروه، ومن إحداث كنيسة وبيعة[2] وصومعة للرهبان[3]، وبيت نار للمجوس في بلد أحدثناه كبغداد والقاهرة أو أسلم أهله عليه كالمدينة الشريفة واليمن، لما روي أنه ﷺ قال: «لاَ تُبْنَ كَنِيسَةٌ فِي الإِسْلاَمِ»[4] ولأن إحداث ذلك معصية فلا

---

(١) يترتب على ذلك آن للإمام قتالهم بل يجب ولا يجب عليه أن يبلغهم المأمن ولا يحتار فيهم رقاً ولا مناً ولا فداء وهذا إذاانتقض بقتال فإن انتقض بغيره فكما تقدم من عدم تبليغهم المأمن ولكن للإمام أن يختار فيهم الرقّ أو المنّ أو الفداء أو القتل وهذا فيمن انتقض عهده أما ذراريه وزوجته فلا ينتقض عهدهم فيقرون ولا يتعرض لهم فإن طلبوا دار الحرب. أجيب النساء والخناثى دون الصبيان والمجانين فيقرون في دار الإسلام إلى البلوغ أو الإفاقة ثم بعدها إن طلبوا دار الحرب أجيبوا

(٢) كذا من ترميمها نعم لو لم يعلم أصل الموجود منهما جاز إبقاؤه لاحتمال وضعه بحق ولعل من ذلك مافي مصر منهما فإنه لا يعلم هل هو موضوع بحق لاحتمال أنه كان به متغلب فصولح على أنه له أولاً. وتكسر الباء للنصارى وجمعها بيع مثل سدرة وسدر.

(٣) راجع للصومعة جمع راهب وهو عابد النصارى.

(٤) ذكره المتقي الهندي في كنز العمال (١١٨٢٦) بلفظ «لا نبني بيعة..» وعزاه للديلمي وابن عساكر عن ابن عمر.

يجوز في دار الإسلام فإن بنوا ذلك هدم، سواء أشَرط عليهم أم لا، ولا يحدثون ذلك في بلدة فتحت عنوة كمصر[١] وأصبهان، لأن المسلمين ملكوها بالاستيلاء فيمتنع جعلها كنيسة، وكما لا يجوز إحداثها لا يجوز إعادتها إذا انهدمت، ولا يقرون على كنيسة كانت فيه لما مر. . ولو فتحنا البلد صلحاً كبيت المقدس بشرط كون الأرض لنا، وشرط إسكانهم فيها بخراج وإبقاء الكنائس أو إحداثها جاز[٢]، لأنه إذا جاز الصلح على أن كل البلد لهم فعلى بعضه أولى، فلو أطلق الصلح ولم يذكر فيه إبقاء الكنائس ولا عدمه فالأصح المنع من إبقائها، فيهدم ما فيها من الكنائس، لأن إطلاق اللفظ يقتضي صيرورة جميع البلد لنا، أو بشرط الأرض لهم ويؤدون خراجها قررت كنائسهم، لأنها ملكهم ولهم الإحداث في الأصح. ويمنعون وجوباً من رفع بناء لهم

---

(٥) أي على الصحيح ومن ثم أفتى ابن عبدالسلام بهدم ما بقرافتها من الأبنية لأن عمرو بن العاص وقفها بأمر عمر رضي الله عنهما على موتى المسلمين لما طلبوا شراءها إذ لو فتحت صلحاً لكانت لهم واحتمال شرط الأرض لنا خلاف الأصل.

(٦) الحاصل أنه ليس لهم الإحداث إلا في صورتين إذا فتحت صلحاً على أنها لهم مطلقاً أو لنا وشرطوا علينا الإحداث بخلاف ما فتح عنوة أو صلحاً مطلقاً أو بشرط أنها لنا ولم يشرطوا الإحداث اهـ وهل يشترط لصحة الصلح مع شرط الإحداث بنيان ما يحدثونه من كنيسة أو أكثر ومقدار الكنيسة أو يكفي الإطلاق؟ فيه نظر والذي ينبغي الصحة مع الإطلاق ويحمل على ما جرت به عادة مثلهم في مثل ذلك البلد ويختلف بالكبر والصغر وإذا شرط الإبقاء فلهم الترميم ولو بآلة جديدة ولهم تطيينها من داخل وخارج فلا يمنعون من ذلك وإن كان لا يجوز فعله حتى بالنسبة لهم لأنهم مخاطبون بالفروع ومن أجل كونه معصية حتى في حقهم أفتى السبكي بأنه لا يجوز لحاكم الإذن لهم فيه ولا لمسلم إعانتهم عليه ولا إيجار نفسه للعمل فيه كما ذكره س ل وقوله ولو بآلة جديدة قال سم على حج أي مع تعذر فعل ذلك بالقديمة وحدها ثم قال بعد ذلك وفي الروض وشرحه ولهم عمارة أي ترميم كنائس جوّزنا إبقاءها إذا استهدمت فترمم بما تهدم لا بآلات جديدة كما قاله السبكي والذي قاله ابن يونس في شرح الوجيز واقتضى كلامه الاتفاق عليه أنها ترمم بآلات جديدة قال في الأصل ولا يجب إخفاؤها فيجوز تطيينها من داخل وخارج لا إحداثها فلو انهدمت الكنائس المبقاة ولو بهدمهم لها تعدياً خلافاً للفارقي أعادوها وليس لهم توسيعها.

وَيُعَرَّفُونَ بِلُبْسِ الْغِيَارِ وَشَدِّ الزُّنَّارِ،

على بناء جار لهم مسلم، لخبر: «الإِسْلاَمُ يَعْلُو وَلاَ يُعْلَى عَلَيْهِ»[1] ولئلا يطلع على عورتنا. ولا فرق بين أن يرضى الجار بذلك أم لا؛ لأن المنع من ذلك لحق الدين لا لمحض حق الدار[2] والأصح المنع من المساواة أيضاً، فإن كانوا بمحلة منفصلة عن المسلمين كطرف من البلد لم يمنعوا من رفع البناء.

(ويعرفون) بضم حرف المضارعة مع تشديد الراء المفتوحة على البناء للمفعول: أي نعرفهم ونأمرهم ـ أي أهل الذمة المكلفين ـ في دار الإسلام وجوباً أنهم يتميزون عن المسلمين (بلبس الغيار) بكسر المعجمة ـ وإن لم يشرط عليهم، وهو أن يخيط كل منهم من ذكر أو غيره بموضع لا يعتاد الخياطة عليه كالكتف على ثوبه الظاهر ما يخالف لونه لون ثوبه، ويلبسه، وذلك للتمييز، ولأن عمر رضي الله عنه صالحهم على تغيير زيهم بمحضر من الصحابة كما رواه البيهقي.

فإن قيل: لم لم يفعل النبيّ ﷺ ذلك بيهود المدينة؟.

أجيب بأنهم كانوا قليلين معروفين، فلما كثروا في زمن الصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعين وخافوا من التباسهم بالمسلمين احتاجوا إلى تمييزهم، وإلقاء منديل ونحوه كالخياطة. والأولى باليهود الأصفر، وبالنصارى الأزرق أو الأكهب، ويقال له الرمادي، وبالمجوس الأحمر أو الأسود (وشد الزنا) أي: يؤمرون بذلك أيضاً، وهو بضم المعجمة: خيط غليظ يشد في الوسط فوق الثياب، لأن عمر رضي الله تعالى عنه صالحهم عليه. كما رواه البيهقي، هذا الرجل، أما المرأة فتشده تحت الإزار كما صرح به في التنبيه. وحكاه الرافعي عن التهذيب وغيره، لكن مع ظهور بعضه حتى تحصل به فائدة، قال الماوردي: ويستوي فيه سائر الألوان، قال في أصل الروضة: وليس لهم إبداله بمنطقة ومنديل ونحوهما، والجمع بين الغيار والزنار أولى، وليس

---

(١) أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٥٢ والضياء في المختارة ١/ ٦٠ وابن حجر في التعليق ٢/ ٤٨٩ والبيهقي ٦/ ٢٠٥ وأبو نعيم في الدلائل ص ٣٢١ والبيهقي في الدلائل ٦/ ٣٦ وعلقه البخاري والطحاوي في المشكل ٣/ ٢٥٧.

(٢) كذا في خط المؤلف والذي في شرح الروض لا لمحض حق الجار وهو واضح.

وَيُمْنَعُونَ مِنْ رُكُوبِ الْخَيْلِ، وَيُلْجَؤُونَ إِلَى أَضْيَقِ الطُّرُقِ.

بواجب. ومن لبس منهم قلنسوة يميزها عن قلانسنا بعلامة فيها، وإذا دخل الذمي مجرداً حماماً فيه مسلمون، أو تجرد عن ثيابه بين المسلمين في غير حمام ـ جعل وجوباً في عنقه خاتم حديد أو رصاص أو نحو ذلك، فلا يجعله من ذهب ولا فضة، قال الزركشي: والخاتم طوق يكون في العنق. قال الأذرعي: ويجب قطع بعضهم من التشبه بلباس أهل العلم والقضاء ونحوهم، لما في ذلك من التعاظم، قال الماوردي: ويمنعون من التختم بالذهب والفضة، لما فيه من التطاول والمباهاة، وتجعل المرأة خفها لونين، ولا يشترط التمييز بكل هذه الوجوه، بل يكفي بعضها، قال الحليمي: ولا ينبغي لفعلة المسلمين وصياغهم أن يعملوا للمشركين كنيسة أو صليباً، وأما نسج الزنانير فلا بأس به، لأن فيها صغاراً لهم (ويمنعون) أي الذكور المكلفون في بلاد المسلمين وجوباً (من ركوب الخيل) لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦] فأمر أولياءه بإعداده لأعدائه، ولما في الصحيحين من حديث عروة البارقي «الْخَيْلُ مَعْقُودٌ فِي نَوَاصِيهَا الْخَيْرُ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ»[١].

تنبيه ـ ظاهر كلامه أنه لا فرق في منع ركوب الخيل بين النفيس منها والخسيس، وهو ما عليه الجمهور[٢]، بخلاف الحمير والبغال ولو نفيسة، لأنها في نفسها خسيسة وإن كان أكثر أعيان الناس يركبونها، ويركب بإكاف وركاب خشب لا حديد ونحوه ولا سرج، اتباعاً لكتاب عمر رضي الله عنه، والمعنى فيه أن يتميزوا عن المسلمين. ويركب عرضاً: بأن يجعل رجليه من جانب واحد وظهره من جانب آخر، وقال الرافعي، ويحسن أن يتوسط فيفرق بين أن يركب إلى مسافة قريبة من البلد أو بعيدة، وهو ظاهر، ويمنع من حمل السلاح، ومن اللجم المزينة بالنقدين وأما النساء والصبيان ونحوهما فلا يمنعون من ذلك كما لا جزية عليهم، قال ابن الصلاح: وينبغي منعهم من خدمة الملوك والأمراء كما يمنعون من ركوب الخيل.

(ويلجؤون) عند زحمة المسلمين (إلى أضيق الطرق) بحيث لا يقعون في وهدة

---

(١) أخرجه مسلم ٣/ ١٤٩٣ (٩٧ ـ ٢٨٧٢).

(٢) قال الشيخ أبو محمد الجويني: يمنعون من الشريفة دون البراذين الخسيسة.

. . . .

ولا يصدمهم جدار، لقوله ﷺ: «لَا تَبْدَؤُوا[١] الْيَهُودَ وَلَا النَّصَارَى بِالسَّلَامِ، إِذَا لَقِيتُمْ أَحَدَهُمْ فِي طَرِيقٍ فَاضْطَرُّوهُمْ إِلَى أَضْيَقِهِ»[٢] أما إذا خلت الطريق من الزحمة فلا حرج، قال في الحاوي: ولا يمشون إلا فرادى متفرقين، ولا يوقرون في مجلس فيه مسلم، لأن الله تعالى أذلهم، والظاهر كما قاله الأذرعي تحريم ذلك.

خاتمة ـ تحرم مودة الكافر[٣] لقوله تعالى: ﴿**لَا تَجِدُ قَوْماً يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ**

(١) كذا ردّ السلام لا يجوز قال النووي في الأذكار: وأما أهل الذمة فاختلف أصحابنا فيهم فقطع الأكثرون بأنه لا يجوز ابتداؤهم بالسلام وقال آخرون: ليس هو بحرام بل مكروه فإن سلموا على مسلم قال في الرد وعليكم ولا يزيد على هذا قال المتولي ولو سلم على رجل ظنه مسلماً فبان كافراً يستحب أن يرد سلامه فيقول له رد عليَّ سلامي والغرض من ذلك أن يوحشه ويظهر له أنه ليس بينهما ألفة ولو أراد تحية ذمي فعلها بغير السلام بأن يقول هداك الله أو أنعم الله صباحك وهذا لا بأس به وإذا احتاج إليه فيقول صبحت بالخير أو بالسعادة أو بالعافية أو صبحك الله بالسرور أو بالسعادة والنعمة أو بالمسرة أو ما أشبه ذلك وأما إذا لم يحتج إليه فالاختيار أن لا يقول شيئاً فإن ذلك تبسط له وإيناس وإظهار صورة ودّ ونحن مأمورون بالإغلاظ عليهم ومنهيون عن ودهم فلا نظهره وإذا مر على جماعة فيهم مسلمون أو مسلم وكفار فالسنة أن يسلم عليهم ويقصد المسلمين أو المسلم وإذا كتب كتاباً إلى مشرك وكتب فيه سلاماً أو نحوه فينبغي أن يكتب ما روي في صحيحي البخاري ومسلم في حديث أبي سفيان في قصة هرقل «أن رسول الله ﷺ كتب: من محمد عبدالله ورسوله إلى هرقل عظيم الروم سلام على من اتبع الهدى واعلم أن أصحابنا اختلفوا في عيادة الذمي فاستحبها جماعة ومنعها جماعة وذكر الشاشي الاختلاف ثم قال: الصواب عندي أن يقال عيادة الكافر في الجملة والقربة فيها موقوفة على نوع حرمة يقترن بها من جوار أو قرابة وهذا الذي ذكره الشاشي حسن وينبغي لعائد الذمي أن يرغبه في الإسلام ويبين له محاسنه ويحثه عليه ويحرّضه على معاجلته قبل أن يصير إلى حال لا تنفعه فيها توبته وإن دعا له دعا له بالهداية ونحوها، وأما المبتدع ومن اقترف ذنباً عظيماً ولم يتب منه فينبغي أن لا يسلم عليهم ولا يردّ عليهم السلام كذا قاله البخاري وغيره من العلماء فإن اضطر إلى السلام على الظلمة بأن دخل عليهم وخاف ترتب مفسدة في دينه أو دنياه أو غيرهما إن لم يسلم عليهم قال الإمام أبو بكر بن العربي قال العلماء يسلم وينوي أن السلام اسم من أسماء الله المعنى الله عليكم رقيب.

(٢) أخرجه مسلم ٤/١٧٠٧ (١٣ ـ ٢١٦٧).

(٣) أي المحبة والميل بالقلب وأما المخالطة الظاهرية فمكروهة.

. . . .

الآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ [المجادلة: ٢٢].

فإن قيل: قد مر في باب الوليمة أن مخالطة الكفار مكروهة.

أجيب بأن المخالطة ترجع إلى الظاهر. والمودة إلى الميل القلبي[1].

فإن قيل: الميل القلبي لا اختيار للشخص فيه.

أجيب بإمكان دفعه، بقطع أسباب المودة التي ينشأ عنها ميل القلب، كما قيل: إن الإساءة[2] تقطع عروق المحبة، والأولى للإمام أن يكتب بعد عقد الذمة اسم من عقد له، وحليته ويتعرض لسنه أو هو شيخ أم شاب، ويصف أعضاءه الظاهرة من وجهه ولحيته وحاجبيه وعينيه وشفتيه وأنفه وأسنانه وآثار وجهه إن كان فيه آثار، ولونه من سمرة أو شقرة وغيرهما، ويجعل لكل من طوائفهم عريفاً مسلماً يضبطهم، ليعرفه بمن مات أو أسلم أو بلغ منهم أو دخل فيهم، وأما من يحضرهم ليؤدي كل منهم الجزية أو يشتكي إلى الإمام من يعتدي عليهم منا أو منهم فيجوز جعله عريفاً لذلك، ولو كان كافراً، وإنما اشترط إسلامه في الغرض الأول، لأن الكافر لا يعتمد خبره.

---

(١) ظاهره أن الميل إليه بالقلب حرام وإن كان سببه ما يصل إليه من الإحسان أو دفع مضرة وينبغي تقييد ذلك بما إذا طلب حصول الميل بالاسترسال في أسباب المحبة إلى حصولها بقلبه وإلا فالأمور الضرورية لا تدخل تحت حدّ التكليف وبتقدير حصولها ينبغي السعي في دفعها ما أمكن فإن لم يمكن دفعها لم يؤاخذ بها.

(٢) أي والإحسان الذي منه المودة يجلب المحبة.

كِتَابُ الصَّيْدِ وَالذَّبَائِحِ

وَمَا قُدِرَ عَلَى ذَكَاتِهِ فَذَكَاتُهُ فِي حَلْقِهِ وَلَبَّتِهِ

كِتَابُ الصَّيْدِ والذَّبَائِحِ

مصدر صاد يصيد ثم أطلق الصيد على المصيد، قال تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥] و(الذبائح) جمع ذبيحة بمعنى مذبوحة. ولما كان الصيد مصدراً أفرده المصنف وجمع الذبائح، لأنها تكون بالسكين أو السهم أو الجوارح.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢] وقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] وقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ﴾ [المائدة: ٥] والمذكى من الطيبات.

تنبيه ـ ذكر المصنف كالمنهاج وأكثر الأصحاب هذا الكتاب وما بعده هنا[1] وفاقاً للمزني، وخالف في الروضة فذكره آخر ربع العبادات تبعاً لطائفة من الأصحاب، قال: وهو أنسب، قال ابن قاسم: ولعل وجه الأنسبية أن طلب الحلال فرض عين، انتهى.

وأركان الذبح بالمعنى الحاصل بالمصدر أربعة: ذبح، وآلة، وذبيح، وذابح، وقد شرع في بيان ذلك فقال: (وما قدر) بضم القاف على البناء للمفعول (على ذكاته) بالمعجمة ـ أي ذبحه من الحيوان المأكول (فذكاته) استقلالاً (في حلقه ولبته) إجماعاً، هذا هو الركن الأول، والثاني، وهو الذبح والذبيح. والحلق: أعلى العنق، واللَّبَّة ـ بفتح اللام والباء المشددتين ـ أسفله، وقيدت إطلاقه بالاستقلال لأنه مراده فلا يرد

---

(١) وجهه أن الجهاد تارة يكون فرض كفاية وتارة فرض عين وطلب الحلال أي معرفته فرض عين فناسب ضم فرض العين إلى فرض العين ذكره في الروضة وغيرها عقب ربع العبادات لأنه عبادة.

وَمَا لَمْ يُقْدَرْ عَلَى ذَكَاتِهِ فَذَكَاتُهُ عَقْرُهُ حَيْثُ قُدِرَ عَلَيْهِ، وَيُسْتَحَبُّ فِي الذَّكَاةِ أَرْبَعَةُ أَشْيَاءَ:

حل الجنين الموجود ميتاً في بطن أمه ولم يذبح ولم يعقر، لأن حله بطريق التبعية لذكاة أمه كما سيأتي في كلامه.

ويشترط في الذبح: قصد، فلو سقطت مدية على مذبح شاة أو احتكت بها فانذبحت أو استرسلت جارحة بنفسها فقتلت، أو أرسل سهماً لا لصيد فقتل صيداً حرم، كجارحة أرسلها وغابت عنه مع الصيد أو احتكت بها فانذبحت أو استرسلت جارحة بنفسها فقتلت، أو أرسل فإنه يحرم، لاحتمال أن موته بسبب آخر، وما ذكر من التحريم في الثانية هو ما عليه الجمهور، وإن اختار النووي في تصحيحه الحل، ولو رمى شيئاً ظنه حجراً أو رمى قطيع ظباء فأصاب واحدة منه أو قصد واحدة منه فأصاب غيرها حل ذلك لصحة قصده، ولا اعتبار بظنه المذكور.

(وما لم يقدر) بضم حرف المضارعة على البناء للمفعول (على ذكاته) لكونه متوحشاً كالضبع (فذكاته عقره) أي بجرح مزهق للروح في أي موضع كان العقر من بدنه بالإجماع، ولو توحش أنسي كبعير نَدَّ فهو كالصيد يحل بجرحه في غير مذبحه (حيث قدر عليه) بالظفر به، ويحل بإرسال الكلب عليه كما قاله في الروضة.

تنبيه ـ تناول إطلاق المصنف ما لو تردى بعير في بئر ولم يقدر على ذكاته فيحل بجرحه في غير المذبح، وهو كذلك على الأصح في الزوائد، ولا يحل بإرسال الكلب عليه كما صححه في المنهاج من زيادته [والفرق أن الحديد يستباح به الذبح مع القدرة بخلاف فعل الجارحة][1] ولو تردى بعير فوق بعير فغرز رمحاً في الأول حتى نفذ منه إلى الثاني حلاّ، وإن لم يعلم بالثاني، قاله القاضي، فإن مات الأسفل بثقل الأعلى لم يحل، ولو دخلت الطعنة إليه وشك: هل مات بها أو بالثقل؟ لم يحل كما هو قضية ما في فتاوى البغوي.

(ويستحب في الذكاة) أي ذكاة الحيوان المقدور عليه (أربعة أشياء)

---

(١) ما بين العكوفين. ساقط من ط

قَطْعُ الْحُلْقُومِ، وَالْمَرِيءِ، وَالْوَدَجَيْنِ، وَالْمُجْزِئُ مِنْهَا شَيْئَانِ، قَطْعُ الْحُلْقُومِ وَالْمَرِيءِ

الأول: (قطع) كل (الحلقوم) وهو مجرى النفس (و) الثاني: (قطع كل المريء) وهو بفتح الميم والمد والهمزة في آخره: مجرى الطعام والشراب (و) الثالث والرابع: قطع كل (الودجين) بفتح الواو والدال المهملة والجيم وهما عرقان في صفحتي العنق يحيطان بالحلقوم، وقيل: بالمريء ـ وهما الوريدان من الآدمي، لأنه أوحى وأسهل لخروج الروح، فهو من الإحسان في الذبح، ولا يستحب قطع ما وراء ذلك.

تنبيه ـ مراد المصنف أن قطع هذه الأربعة مستحب، لا إن قطع كل واحد مستحب على انفراده من غير قطع الباقي، إذ قطع الحلقوم والمريء واجب وإليه أشار بقوله: (والمجزىء منها) أي الأربعة المذكورة في الحل (شيئان) وهما (قطع) كل (الحلقوم و) كل (المريء) مع وجود الحياة المستقرة أول قطعهما، لأن الذكاة صادفته وهو حي، كما لو قطع يد حيوان ثم ذكاه فإن شرع في قطعهما ولم تكن فيه حياة مستقرة بل انتهى لحركة مذبوح لم يحل، لأنه صار ميتة فلا يفيده الذبح بعد ذلك.

تنبيه ـ لو ذبح شخص حيواناً، وأخرج آخر أمعاءه، أو نخس خاصرته معاً لم يحل، لأن التذفيف لم يتمحص بقطع الحلقوم والمريء، قال في أصل الروضة: سواء أكان ما قطع به الحلقوم مما يذفف أو انفرد أو كان يعين على التذفيف، ولو اقترن قطع الحلقوم بقطع رقبة الشاة من قفاها بأن أجرى سكيناً من القفا وسكيناً من الحلقوم حتى التقيا فهي ميتة كما صرح به في أصل الروضة، لأن التذفيف إنما حصل بذبحين، ولا يشترط العلم بوجود الحياة المستقرة عند الذبح، بل يكفي الظن بوجودها، بقرينة، ولو عرفت بشدة الحركة أو انفجار الدم. ومحل ذلك[1] ما لم يتقدمه ما يحال عليه الهلاك،

(١) أي اشتراط كون الحياة مستقرة قطعاً أو ظناً المذكور في كلام غيره كشيخ الإسلام في شرح البهجة ثم قال واعتبرت الحياة المستقرة ليخرج ما إذا فقدت وكان فقدها لسبب من جرح أو انهدام سقف أو أكل نبات ضارّ لوجود ما يحل عليه الهلاك أما إذا كان لمرض فيحل مع فقدها. الحاصل أنها لا تشترط إلا عند تقدم ما يحال عليه الهلاك والمراد بالحياة المستقرة ما يوجد معها الحركة الاختيارية بقرائن وأمارات فغلب على الظن بقاء الحياة ومن أماراتها انفجار الدم بعد قطع الحلقوم

فلو وصل إلى حركة المذبوح وفيه شدة الحركة ثم ذبح ـ لم يحل.

وحاصله أن الحياة المستقرة عند الذبح تارة تتيقن، وتارة تظن بعلامات وقرائن، فإن شككنا في استقرارها حرم، للشك في المبيح وتغليباً للتحريم، فإن مرض أو جاع فذبحه وقد صار في آخر رمق حل، لأنه لم يوجد سبب يحال الهلاك عليه، ولو مرض بأكل نبات مضر حتى صار آخر رمق كان سبباً يحال عليه الهلاك فلا يحل على المعتمد.

ولا يشترط في الذكاة قطع الجلدة التي فوق الحلقوم والمريء فلو أدخل سكيناً بأذن ثعلب مثلاً وقطع الحلقوم والمريء داخل الجلد لأجل جلده وبه حياة مستقرة حل وإن حرم عليه للتعذيب، ويسن نحر إبل في اللبة وهي أسفل العنق كما مر لقوله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ﴾ [الكوثر: ٢] وللأمر به في الصحيحين والمعنى فيه أنه أسهل لخروج الروح لطول عنقها. وقياس هذا ـ كما قاله ابن الرفعة ـ أن يأتي في كل ما طال عنقه كالنعام والإوز والبط. ويسن ذبح بقر وغنم ونحوهما كخيل بقطع الحلقوم والمريء للاتباع، ويجوز بلا كراهة عكسه(١)، ويسن أن يكون نحر البعير قائماً معقولة ركبته وهي اليسرى كما في المجموع، لقوله تعالى: ﴿فَٱذْكُرُوا ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهَا صَوَآفَّ﴾ [الحجّ: ٣٦] قال ابن عباس: أي قياماً(٢) على ثلاثة، رواه الحاكم وصححه، وأن يكون نحر البقرة والشاة مضطجعة لجنبها الأيسر، وتترك رجلها اليمنى بلا شد وتشد باقي القوائم، ويسن للذبح أن يحد سكينه(٣) لخبر مسلم: «إِنَّ اللَّهَ كَتَبَ الإِحْسَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ فَإِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْقِتلَةَ. وَإِذَا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذِّبْحَةَ، وَلْيُحِدَّ أَحَدُكُمْ

والمريء والأصح الاكتفاء بالحركة الشديدة وأما الحياة المستمرة فهي الباقية إلى خروجها بذبح أو نحوه وأما حركة عيش المذبوح فهي التي لا يبقى معها سمع ولا إبصار ولا حركة اختيار.

(١) وهو الذبح في الإبل والنحر في البقر وما عطف عليها خلافاً للإمام مالك حيث قال لا يجوز ذبح الإبل ولا نحر البقر والغنم لكن قال ابن المنير لا أعلم أحداً حرّم ذلك وإنما كرهه مالك فقط.

(٢) الأولى أن يقول أي قياماً لأنه تفسير لصوافّ فإن خيف نفارها فبركة غير مضجعة.

(٣) سميت سكيناً لأنها تسكن الحرارة الغريزية ومدية لأنها تقطع مدّة الحياة وشفرة لإذهابها الحياة، من شفر المال ذهب لأنها تذهب حياة صاحبها.

وَيَجُوزُ الاصْطِيَادُ بِكُلِّ جَارِحَةٍ مُعَلَّمَةٍ مِنَ السِّبَاعِ

شَفْرَتَهُ، وَلْيُرِحْ ذَبِيحَتَهُ»[1] وأن يوجه للقبلة ذبيحته، وأن يقول عند ذبحها: باسم اللَّه[2]، وأن يصلي على النبيّ ﷺ عند ذلك، ولا يقول باسم الله واسم محمد[3] لإيهامه التشريك.

(ويجوز) لمن تحل ذكاته. لا لغيره (الاصطياد) أي: أكل المصاد بالشرط الآتي في غير المقدور عليه (بكل جارحة من سباع البهائم) كالكلب والفهد. في أي موضع

---

(١) أخرجه مسلم ٣/١٥٤٨ (٥٧ ـ ١٩٥٥).

(٢) الأكمل بسم الله الرحمن الرحيم وقيل لا يقول الرحمن الرحيم لأن الذبح فيه تعذيب والرحمن الرحيم لا يناسبانه وقيل يأتي بهما لأن في الذبح رحمة للآكلين فعن بعض العلماء أن القصاب إذا سمى الله عند الذبح قالت الذبيحة أخ أخ وذلك أنها استطيبت الذبح مع ذكر الله تعالى وتلذّذت وقال المالكية لا يزيد الذابح الرحمن الرحيم لأن في الذبح تعذيباً وقطعاً والرحمن الرحيم اسمان رقيقان ولا قطع مع الرقة ولا عذاب مع الرحمة ولذلك قال نوح لأصحابه ﴿اركبوا يها بسم الله مجراها ومرساها﴾ ولم يقل بسم الله الرحمن الرحيم لأن الرحمن الرحيم من الرحمة وكان في قصة نوح هلاك قومه أي هلاك من لم يركب فيها والرحمة لا تقتضي الهلاك ويكره تعمد تركها أي البسملة فلو تركها ولو عمداً حلت خلافاً للإمام أبي حنيفة لأن الله تعالى أباح لنا ذبائح أهل الكتاب بقوله ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾ وهم لا يذكرونها وأما قوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ فالمراد ما ذكر عليه اسم غير الله يعني ما ذبح للأصنام بدليل قوله ﴿وما أهل لغير الله به﴾ وسياق الآية دال عليه فإنه قال وإنه لفسق والحالة التي يكون فيها فسقاً هي الإهلال لغير الله قال تعالى ﴿أو فسقاً أهل لغير الله به﴾ والإجماع قام على أن من أكل ذبيحة مسلم لم يسمّ الله عليها ليس بفسق وقال الإمام أحمد المراد به الميتة بدليل قوله تعالى ﴿وإن الشياطين ليوحون إلى أوليائهم﴾ وذلك لأنهم كانوا يقولون كلوا ما قتلتم أي ذكيتم ولا تأكلوا ما قتل الله يعني الميتة ويسن في الأضحية أن يكبر الله تعالى ثلاثاً قبل التسمية وبعدها كذلك وأن يقول اللهم هذا منك وإليك فتقبله مني ويأتي ذلك في كل ذبح هو عبادة.

(٣) أي لا يجوز ذلك ولا تحرم الذبيحة حينئذ فإن قصد التشريك حرمت الذبيحة فإن أراد أذبح باسم الله وأتبرك باسم محمد فينبغي أن لا يحرم وإن كان مكروهاً شرح المنهج مع زي ملخصاً وعبارة الروض ولا يجوز أن يقول الذابح أي والصائد كما في أصله باسم محمد ولا باسم الله واسم محمد أي ولا باسم الله ورسول الله بالجر كما في أصله للتشريك فإن قصد التبرك فينبغي أن لا يحرم كقوله بسم الله ومحمد رسول الله برفع محمد اهـ. والحاصل أن الصور ثلاثة: ففي صورة الإطلاق يحرم مع حل الذبيحة وإذا أراد التشريك يكفر وتحرم الذبيحة وإن أراد وأتبرك باسم محمد كره مع حل الذبيحة.

وَمِنْ جَوَارِحِ الطَّيْرِ.

وَشَرَائِطُ تَعْلِيمِهَا أَرْبَعَةٌ: أَنْ تَكُونَ إِذَا أُرْسِلَتْ اسْتَرْسَلَتْ، وَإِذَا زُجِرَتْ انْزَجَرَتْ، وَإِذَا قَتَلَتْ صَيْداً لَمْ تَأْكُلْ مِنْهُ شَيْئاً، وَأَنْ يَتَكَرَّرَ ذَلِكَ مِنْهَا، فَإِنْ عُدِمَتْ إِحْدَى الشَّرَائِطِ لَمْ يَحِلَّ مَا أَخَذَتْهُ، إِلاَّ أَنْ يُدْرَكَ حَيًّا فَيُذَكَّى،

كان جرحها حيث لم يكن فيه حياة مستقرة بأن أدركه ميتاً أو في حركة المذبوح، أما الاصطياد بمعنى إثبات الملك فلا يختص بالجوارح، بل يحصل بكل طريق تيسر، والجارحة: كل ما يجرح، سمي بذلك لجرحه الطير بظفره أو نابه وقوله (معلمة) بالجر صفة لجارحة (ومن جوارح الطير) كالباز والصقر. لقوله تعالى: ﴿**أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ**﴾ [المائدة: ٥] أي صيد ما علمتم.

(وشرائط تعليمها) أي جارحة السباع والطير (أربعة) الأول: (أن تكون) الجارحة معلمة بحيث (إذا أرسلت) أي أرسلها صاحبها (استرسلت) أي هاجت كما في الروضة والمجموع. لقوله تعالى: ﴿**مُكَلِّبِينَ**﴾ [المائدة: ٤] قال الشافعي: إذا أمرت الكلب فائتمر: وإذا نهيته فانتهى: فهو مكلب الثاني: (إذا زجرت) أي زجرها صاحبها في ابتداء الأمر وبعده (انزجرت) أي وقفت (و) الثالث: (وإذا قتلت) صيداً (لم تأكل من الصيد) أي من لحمه أو نحوه كجلده وحشوته شيئاً قبل قتله أو عقبه، وما قررت به كلام المصنف من اشتراط جميع هذه الأمور في جارحة السباع والطير هو ما نص عليه الشافعي كما نقله البلقيني كغيره، ثم قال: ولم يخالفه أحد من الأصحاب، وهذا هو المعتمد. وإن كان ظاهر كلام المنهاج كالروضة يخالف ذلك، حيث خصها بجارحة السباع، وشرط في جارحة الطير ترك الأكل فقط (و) الرابع: (أن يتكرر ذلك) أي هذه الأمور المعتبرة في التعليم (منها) بحيث يظن تأدب الجارحة، ولا ينضبط ذلك بعدد، بل الرجوع في ذلك إلى أهل الخبرة بالجوارح (فإن عدم أحد) هذه (الشروط) المعتبرة في التعليم (لم يحل) أكل (ما أخذته) أي جرحته من الصيد بحيث لم يبق فيه حياة مستقرة بالإجماع كما قاله في المجموع (إلا أن يدرك حياً) أي يوجد فيه حياة مستقرة (فيذكى) حينئذ فيحل لقوله ﷺ لأبي ثعلبة الخشني في حديثه: «وَمَا صِدْتَ بِكَلْبِكَ غَيْرِ الْمُعَلَّمِ فَأَدْرَكْتَ ذَكَاتَهُ فَكُلْ» متفق عليه[1].

---

(١) أخرجه البخاري ٩/ ٦٠٤ (٥٤٧٨) ومسلم ٣/ ١٥٣٢ (٨ ـ ١٩٣٠).

وَتَجُوزُ الذَّكَاةُ بِكُلِّ مَا يَجْرَحُ، إِلاَّ بِالسِّنِّ وَالظُّفرِ،

تنبيه ـ علامة الحياة المستقرة: شدة الحركة بعد قطع الحلقوم والمريء على الأصح في الزوائد والمجموع وقال فيه: يكتفى بها وحدها، ولو لم يجر الدم على الصحيح المعتمد، وقد مرت الإشارة إلى ذلك مع تفصيل تقدم ولو ظهر بما ذكر من الشروط كونها معلمة ثم أكلت من لحم صيد أو نحوه مما مر لم يحل ذلك الصيد في الأظهر، هذا إذا أرسلها صاحبها. فإن استرسلت بنفسها فقتلت وأكلت لم يقدح ذلك في تعليمها، ولا أثر للعق الدم، لأنه لا يقصد للصياد، فصار كتناوله الفرث. ومعض الكلب من الصيد نجس كغيره مما ينجسه الكلب، والأصح أنه لا يعفى[١] عنه أنه يكفي غسله سبعاً بماء وتراب في إحداها كغيره، وأنه لا يجب أن يقور المعض ويطرح لأنه لم يرد، ولو تحاملت الجارحة على صيد فقتلته بثقلها أو نحوه كعضها وصدمتها ولم تجرحه حل في الأظهر. لعموم قوله: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤].

ثم شرع في الركن الثالث[٢] وهو الآلة فقال: (وتجوز الذكاة بكل ما يجرح) كمحدد حديد وقصب وحجر ورصاص وذهب وفضة لأنه أسرع في إزهاق الروح (إلا بالسن والظفر) وباقي العظام متصلاً كان أو منفصلاً في آدمي أو غيره. لخبر الصحيحين: «مَا أَنْهَر الدَّم وَذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ[٣] عَلَيْهِ فَكُلُوا لَيْسَ السِّنَّ والظُّفرَ. وَسَأُحَدِّثُكُمْ عَنْ ذَلِكَ أَمَّا السِّنُّ فَعَظْمٌ. وَأَمَّا الظُّفرُ فَمُدَى الْحَبَشَةِ» وألحق بذلك العظام. والنهي عن

---

(١) قيل يعفى عنه مع الحكم بنجاسته وقوله وأنه يكفي أي والأصح أنه يكفي الخ وقيل يكتفي بغسلة وقوله وأنه لا يجب أن يقوَّر أي والأصح أنه لا يجب أن يقور، وقيل يجب التقوير والطرح. والحاصل أن في المعض خمسة أوجه: أصحها أنه كغيره. ثانيها يغسل مرة. ثالثها أنه طاهر. رابعها معفوّ عنه مع نجاسته. خامسها وجوب تقويره..

(٢) أي بعضه وبعضه الآخر تقدم وهو الجارحة وتسميته ثالثاً باعتبار تفصيل الأركان وإن كانت الآلة ثانياً عند إجمال الأركان.

(٣) أي المنهر المفهوم من أنهر وتمسك به من اشترط التسمية كمالك وأبي حنيفة ومذهب الشافعي أن التسمية سنة وعبارة شرح م ر وأن يقول بسم الله وحده عند الفعل من ذبح أو إرسال سهم أو جارحة للاتباع ويكره تعمد تركها فلو تركها ولو عمداً حل لأن الله تعالى أباح ذبائح أهل الكتاب بقوله ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾ وهم لا يذكرونها وأما قوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ فالمراد ما ذكر عليه غير اسم الله يعني ما ذبح للأصنام بدليل قوله =

وَتَحِلُّ ذَكَاةُ كُلِّ مُسْلِمٍ وَكِتَابِيٍّ،

الذبح بالعظم قيل تعبدي، وبه قال ابن الصلاح ومال إليه ابن عبد السلام وقال النووي في شرح مسلم: معناه لا تذبحوا بها فإنها تنجس بالدم. وقد نهيتم عن تنجيسها في الاستنجاء لكونها طعام إخوانكم من الجن. ومعنى قوله «وَأَمَّا الظُّفرُ فَمُدى الْحَبَشَةِ» أنهم كفار وقد نهيتم عن التشبه بهم، نعم ما قتلته الجارحة بظفرها أو نابها حلال كما علم مما مر. وخرج بمحدد ما لو قتل بمثقل كبندقة[1] وسوط وسهم بلا نصل ولا حد أو بسهم وبندقة، أو انخنق ومات بأحبولة منصوبة لذلك، أو أصابه سهم فوقع على طرف جبل ثم سقط منه وفيه حياة مستقرة ومات، حرم الصيد في جميع هذه المسائل: أما في القتل بالمثقل فلأنها موقوذة فإنها ما قتل ـ بحجر أو نحوه مما لا حدّ له، وأما موته بالسهم والبندقة وما بعدهما فإنه موت بشيئين، مبيح ومحرم فغلب المحرم، لأنه الأصل في الميتات وأما المنخنقة بالأحبولة فلقوله تعالى: ﴿وَالْمُنْخَنِقَةُ﴾ [المائدة: ٣].

ثم شرع في الركن الرابع وهو الذابح فقال: (وتحل ذكاة) وصيد (كل مسلم) ومسلمة (وكتابي) وكتابية تحل مناكحتنا لأهل ملتهما[2]. قال تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ

= تعالى ﴿وما أهلّ لغير الله به﴾ وسياق الآية دال عليه فإنه قال ﴿وإنه لفسق﴾ والحالة التي يكون فيها فسقاً هي الإهلال لغير الله قال تعالى ﴿أو فسقاً أهلّ لغير الله به﴾ والإجماع عام على أن كل من أكل ذبيحة مسلم لم يسم عليها ليس بفسق.

(١) أفتى ابن عبدالسلام بحرمة الرمي بالبندق وبه صرح في الذخائر لكن أفتى النووي بجوازه وقيده بعضهم بما إذا كان الصيد لا يموت منه غالباً كالإوز فإن مات كالعصافير حرم ولو أصابته البندقة فذبحته بقوتها أو قطعت رقبته حرم وهذا التفصيل هو المعتمد وهذا كله بالنسبة لحل الرمي وأما بالنسبة لحل المرمي الذي هو الصيد فإنه حرام مطلقاً والكلام في بندق الطين أما الرصاص فيحرم مطلقاً لما فيه من التعذيب بالنار نعم إن علم حاذق أنه إنما يصيب نحو جناحٍ كبير فيثبته فقط احتمل الحلّ ومثل الطين ما لو كان رصاصاً من غير نار.

(٢) لم يقل مناكحتنا له إشارة إلى أن هذا الباب أوسع من باب النكاح فإن غير الإسرائيلي الذي لم يعلم دخول أول آبائه في دينه قبل نسخه لا تحل مناكحته ولكن تحل ذبيحته لأنه تحل مناكحة أهل دينه في الجملة أي فيما إذا علم.

وَلاَ تَحِلُّ ذَبِيحَةُ مَجُوسِيٍّ وَلاَ وَثَنِيٍّ.

أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ﴾ [المائدة: ٥] وقال ابن عباس: إنما حلت ذبائح اليهود والنصارى من أجل أنهم آمنوا بالتوراة والإنجيل، رواه الحاكم وصححه، ولا أثر للرق في الذبائح فتحل ذكاة أمة كتابية وإن حرم مناكحتها لعموم الآية المذكورة **(ولا تحل ذكاة مجوسي ولا وثني)** ولا غيرهما ممن لا كتاب له، ولو شارك من لا تحل مناكحته مسلماً في ذبح أو اصطياد حرم المذبوح والمصاد تغليباً للتحريم ولو أرسل المسلم والمجوسي كلبين أو سهمين على صيد، فإن سبق آلة المسلم آلة المجوسي في صورة السهمين أو كلب المسلم كلب المجوسي في صورة الكلبين فقتل الصيد أو لم يقتله بل أنهاه إلى حركة مذبوح حل، ولو انعكس ما ذكر أو جرحاه معاً وحصل الهلاك بهما، أو جهل ذلك، أو جرحاه مرتباً ولكن لم يذففه الأول فهلك بهما ـ حرم الصيد في مسألة العكس وما عطف عليها تغليباً للتحريم.

فائدة ـ قال النووي في شرح مسلم: قال بعض العلماء: والحكمة في اشتراط الذبح وإنهار الدم: تمييز حلال اللحم والشحم من حرامهما وتنبيه على تحريم الميتة لبقاء دمها.

ويحل ذبح وصيد صغير مسلم أو كتابي مميز، لأن قصده صحيح بدليل صحة العبادة منه إذا كان مسلماً، فاندرج تحت الأدلة كالبالغ، وكذا صغير غير مميز ومجنون وسكران: تحل ذبيحتهم في الأظهر، لأن لهم قصداً وإرادة في الجملة، لكن مع الكراهة كما نص عليه في الأم خوفاً من عدولهم عن محل الذبح، وتكره ذكاة الأعمى لذلك، ويحرم صيده[1] برمي وكلب وغيره من جوارح السباع، لعدم صحة قصده، لأنه

---

(١) أما صيده السمك فيصح. إن قلت لو أحسّ البصير بصيد في ظلمة أو من وراء شجرة أو نحوهما فرماه حلّ بالإجماع ما الفرق بينه وبين الأعمى. قلت يفرق بينهما بأن هذا مبصر بالقوّة فلا يعد عرفاً رميه عبثاً بخلاف الأعمى.

فرع: قال في المجموع قال أصحابنا أولى الناس بالذكاة الرجل العاقل المسلم ثم المرأة المسلمة ثم الصبي المسلم ثم الكتابي ثم المجنون والسكران والصبي غير المميز في معنى الأخيرين. قال الطبلاوي ينبغي أن محله ما لم يصر ملقى كالخشبة لا يحس ولا يدرك وإلا فكالنائم ولا فرق بين القسمين بين المتعدي وغيره وكذا يقال في المغمى عليه.

وَذَكَاةُ الْجَنِينِ بِذَكَاةِ أُمِّهِ، إلاَّ أَنْ يُوجَدَ حَيًّا فَيُذَكَّى

لا يرى الصيد. وأما صيد الصغير غير المميز والمجنون والسكران فمقتضى عبارة المنهاج أنه حلال. وهو ما قاله في المجموع إنه المذهب. وقيل: لا يصح لعدم القصد. وليس بشيء انتهى.

(وذكاة الجنين) حاصلة (بذكاة أمه) فلو وجد جنين ميتاً أو عيشه عيش مذبوح سواء أشعر أم لا في بطن مذكاة سواء كانت ذكاتها بذبحها أو إرسال سهم أو نحو كلب عليها حل، لحديث: «ذَكَاةُ الْجَنِينِ[1] ذَكَاةُ أُمِّهِ»[2] أي ذكاتها التي أحلتها أحلته تبعاً لها، ولأنه جزء من أجزائها. وذكاتها ذكاة لجميع أجزائها، ولأنه لو لم يحل بذكاة أمه لحرم ذكاتها مع ظهور الحمل، كما لا تقتل الحامل قوداً، أما إذا خرج وبه حياة مستقرة كما قال (إلا أن يوجد حياً) حياة مستقرة وأمكن ذكاته (فيذكى) وجوباً فلا يحل بذكاة أمه، ولا بد أن يسكن عقب ذبح أمه، فلو اضطرب في البطن بعد ذبح أمه زماناً طويلاً ثم سكن لم يحل، قاله الشيخ أبو محمد في الفروق وأقره الشيخان، قال الأذرعي: والظاهر أن مراد الأصحاب إذا مات بذكاة أمه، فلو مات قبل ذكاتها كان ميتة لا محالة، لأن ذكاة الأم لم تؤثر فيه، والحديث يشير إليه، انتهى.

وعلى هذا لو خرج رأسه ميتاً ثم ذبحت أمه قبل انفصاله لم يحل. وقال البلقيني: ومحل الحل ما إذا لم يوجد سبب يحال عليه موته. فلو ضرب حاملاً على بطنها وكان الجنين متحركاً فسكن حين ذبحت أمه فوجد ميتاً لم يحل. ولو خرج رأسه وفيه حياة مستقرة لم يجب ذبحه حتى يخرج، لأن خروج بعضه كعدم خروجه في الغرة ونحوها فيحل إذا مات عقب خروجه بذكاة أمه، وإن صار بخروج رأسه مقدوراً عليه. ولو لم تتخطط المضغة لم تحل بناء على عدم وجوب الغرة فيها وعدم ثبوت الاستيلاد لو كانت من آدمي. ولو كان للمذكاة عضو أشل حل كسائر أجزائها.

(١) انفرد أو تعدد وليس علقة ولا مضغة وكذا جنين في جوف هذا الجنين ق ل أي إن تصور فلا بد أن تظهر فيه صورة الحيوان ولا يعتبر فيه نفخ الروح. وخالف البلقيني وقال يعتبر نفخ الروح فيه وإلا لم يحل وهو المعتمد.

(٢) أخرجه الدارمي ٢/ ٨٤ وأبو داود ٣/ ٢٥١ (٢٨٢٦) والحاكم في المستدرك ٤/ ١١٤ وقال: صحيح على شرط مسلم وأقره الذهبي.

وَمَا قُطِعَ مِنْ حَيٍّ فَهُوَ مَيِّتٌ، إلَّا الشُّعُورَ.

(وما قطع من حي فهو ميت) أي فهو كميته طهارة ونجاسة. لخبر: «مَا قُطِعَ مِنْ حَيٍّ فَهُوَ مَيِّتٌ»[1] رواه الحاكم وصححه. فجزء البشر والسمك والجراد طاهر دون جزء غيرها (إلا الشعور) الساقطة من المأكول وأصوافه وأوباره المنتفع بها في المفارش والملابس وغيرها من سائر أنواع الانتفاع فطاهرة. قال تعالى: ﴿وَمِنْ أَصْوَافِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَا أَثَاثاً وَمَتَاعاً إِلَى حِينٍ﴾ [النحل: ١٠] وخرج بالمأكول نحو شعر غيره فنجس. ومنه نحو شعر عضو أبين من مأكول. لأن العضو صار غير مأكول.

تتمة تتعلق بالصيد ـ لو أرسل كلباً وسهماً فأزمنه الكلب ثم ذبحه السهم حل. وإن أزمنه السهم ثم قتله الكلب حرم. ولو أخبره فاسق أو كتابي أنه ذبح هذه الشاة مثلاً حل أكلها، لأنه من أهل الذبح، فإن كان في البلاد مجوس ومسلمون وجهل ذبح الحيوان هل هو مسلم أو مجوسي لم يحل أكله للشك في الذبح المبيح، والأصل عدمه، نعم إن كان المسلمون أغلب كما في بلاد الإسلام فينبغي أن يحل، وفي معنى المجوسي كل من لم تحل ذبيحته.

(فَصْلٌ) فِي الأَطْعِمَةِ

جمع طعام: أي بيان ما يحل أكله وشربه منها وما يحرم. إذ معرفة أحكامها من المهمات. لأن في تناول الحرام الوعيد الشديد، فقد ورد في الخبر: «أَيُّ لَحْمٍ نَبَتَ مِنْ حَرَامٍ فَالنَّارُ أَوْلَى بِهِ»[2].

والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآية، وقوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧].

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٥/٢١٨ والدارمي ٢/٩٣ وأبو داود ٣/٢٧٧ (٢٨٥٨) والترمذي ٤/٧٤ (١٤٨٠).

(٢) أخرجه الترمذي من حديث كعب (٦١٤) وابن حبان كذا في الموارد (١٥٦٩) من حديث جابر وانظر تلخيص الحبير ٤/١٤٩.

وَكُلُّ حَيَوَانٍ اسْتَطَابَتْهُ الْعَرَبُ فَهُوَ حَلاَلٌ، إِلاَّ مَا وَرَدَ الشَّرْعُ بِتَحْرِيمِهِ وَكُلُّ حَيَوَانٍ اسْتَخْبَثَتْهُ العَرَبُ فَهُوَ حَرَامٌ إِلاَّ مَا وَرَدَ الشَّرْعُ بِتَحْلِيلِهِ.

(وكل حيوان) لا نص فيه من كتاب أو سنة أو إجماع لا خاص ولا عام بتحريم ولا تحليل ولا ورد فيه أمر بقتله ولا بعدمه (استطابته العرب) وهم أهل يسار أي ثروة وخصب وأهل طباع سليمة، سواء كانوا سكان بلاد أو قرى في حالة رفاهية (فهو حلال، إلا ما) أي حيواناً (ورد الشرع بتحريمه) كما سيأتي. فلا يرجع فيه لاستطابتهم (وكل حيوان استخبثته العرب) أي عدوه خبيثاً (فهو حرام، إلا ما) أي حيواناً (ورد الشرع بإباحته) كما سيأتي، فلا يكون حراماً، لأن الله تعالى ناط الحل بالطيب والتحريم بالخبيث، وعلم بالعقل أنه لم يرد ما يستطيبه ويستخبثه كل العالم لاستحالة اجتماعهم على ذلك عادة لاختلاف طبائعهم فتعين أن يكون المراد بعضهم، والعرب بذلك أولى، لأنهم أولى الأمم إذ هم المخاطبون أولاً، ولأن الدين عربي، وخرج بأهل يسار المحتاجون وبسليمة: أجلاف البوادي الذين يأكلون ما دب ودرج من غير تمييز فلا عبرة بهم، وبحال رفاهية: حال الضرورة فلا عبرة بها.

تنبيه ـ قضية كلام المصنف أنه لا بد من إخبار جمع منهم، بل ظاهره جميع العرب، والظاهر كما قاله الزركشي الاكتفاء بخبر عدلين، ويرجع في كل زمان إلى العرب الموجودين فيه، فإن استطابته فحلال، وإن استخبثته فحرام، والمراد به ما لم يسبق فيه كلام العرب الذين كانوا في عهده ﷺ فمن بعدهم، فإن ذلك قد عرف حاله واستقر أمره، فإن اختلفوا في استطابته اتبع الأكثر، فإن استووا فقريش، لأنها قطب العرب، فإن اختلفوا ولا ترجيح أو شكوا أو لم نجدهم ولا غيرهم من العرب اعتبر بأقرب الحيوان شبهاً به: صورة، أو طبعاً أو طعماً فإن استوى الشبهان أو لم يوجد ما يشبهه فحلال، لآية: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً﴾ [الأنعام: ١٤٥] ولا يعتمد فيه شرع من قبلنا، لأنه ليس شرعاً لنا، فاعتماد ظاهر الآية المقتضية للحل أولى من استصحاب الشرائع السالفة، وإن جهل اسم حيوان سئل العرب عن ذلك الحيوان وعمل بتسميتهم له مما هو حلال أو حرام، لأن المرجع في ذلك إلى الاسم وهم أهل اللسان[١]. وإن لم يكن له اسم عندهم اعتبر بالأشبه به من الحيوان في الصورة أو

(١) فيه أن أهل اللغة إنما يتكلمون على الألفاظ اللغوية لا على الأسماء الشرعية من حلّ أو حرمة لأن هذا لا يعرف إلا من الشرع.

وَيَحْرُمُ مِنَ السِّبَاعِ مَا لَهُ نَابٌ قَوِيٌّ يَجْرَحُ بِهِ

الطبع أو الطعم في اللحم، فإن تساوى الشبهان أو فقد ما بشبهه حل على الأصح في الروضة والمجموع.

فمما ورد النص بتحريمه البغل، للنهي عن أكله في خبر أبي داود، ولتولده بين حلال وحرام، فإنه متولد بين فرس وحمار أهلي، فإن كان الذكر فرساً فهو شديد الشبه بالحمار أو حماراً كان شديد الشبه بالفرس. فإن تولد بين فرس وحمار وحشي أو بين فرس وبقر حل بلا خلاف. والحمار الأهلي، للنهي عنه في خبر الصحيحين. وكنيته: أبو زياد. وكنية الأنثى: أم محمود.

(ويحرم من السباع) كل (ما له ناب قوي يجرح به) أي ويسطو به على غيره من الحيوان كأسد، ذكر له ابن خالويه خمسمائة اسم وزاد علي بن جعفر عليه مائة وثلاثين اسماً ونمر بفتح النون وكسر الميم[١] وهو حيوان معروف أخبث من الأسد سمي بذلك لتنمره، واختلاف لون جسده. يقال: «تنمر فلان» أي تنكر وتغير، لأنه لا يوجد غالباً إلا غضبان معجباً بنفسه، إذا شبع نام ثلاثة أيام، ورائحة فيه طيبة، وذئب ـ بالهمز ـ، وعدمه ـ حيوان معروف موصوف بالانفراد والوحدة ومن طبعه أنه لا يعود إلى فريسة شبع منها وينام بإحدى عينيه والأخرى يقظة حتى تكتفي العين النائمة من النوم ثم يفتحها وينام بالأخرى، ليحرس باليقظى ويستريح بالنائمة، ودب[٢] ـ بضم الدال المهملة ـ وقيل وكنيته أبو العباس. والفيل المذكور في القرآن كنيته ذلك. واسمه محمود، وهو صاحب حقد، ولسانه مقلوب، ولولا ذلك لتكلم، ويخاف من الهرة خوفاً شديداً. وفيه من الفهم ما يقبل به التأديب والتعليم. ويعمر كثيراً. والهند تعظمه

---

(١) يجوز إسكان الميم مع فتح النون وكسرها وهو ضرب من السباع فيه شبه من الأسد إلا أنه أصغر منه منقط الجلد نقطاً سوداء وهو صنفان عظيم الجثة صغير الذنب وبالعكس وكله ذو قهر وقوّة وسطوة، وإذا مرض أكل الفأر فيزول مرضه وقيل إن النمرة لا تضع ولدها إلا مطوّقاً بحية وهي تعيش وتنهش إلا أنها لا تقتل.

(٢) كنيته أبو جهينة وهو يحب العزلة فإذا جاء الشتاء دخل غاره الذي اتخذه ولا يخرج حتى يطيب الهواء وإذا جاع يمتص يديه ورجليه فيندفع بذلك الجوع ويخرج في الربيع أسمن ما يكون والذكر يسافد أي يطأ أنثاه مضجعة على الأرض ولشدة شهوة أنثاه تدعو الآدمي إلى وطئها.

وَيَحْرُمُ مِنَ الطُّيُورِ مَا لَهُ مِخْلَبٌ قَوِيٌّ يَجْرَحُ بِهِ.

لما اشتمل عليه من الخصال المحمودة. وقرد ـ وهو حيوان ذكي سريع الفهم يشبه الإنسان في غالب حالاته، فإنه يضحك ويضرب ويتناول الشيء بيده ويأنس بالناس، ومن ذوي الناب الكلب والخنزير والفهد وابن آوى ـ بالمد بعد الهمزة ـ وهو فوق الثعلب ودون الكلب طويل المخالب فيه شبه من الذئب وشبه من الثعلب وسمي بذلك، لأنه يأوي إلى عواء أبناء جنسه، ولا يعوي إلا ليلاً إذا استوحش، والهرة ولو وحشية.

(ويحرم من الطيور) كل (ما له مخلب قوي) بكسر الميم وإسكان المعجمة ـ وهو للطير كالظفر للإنسان ـ (يجرح به): كالصقر والباز والشاهين والنسر والعقاب وجميع جوارح الطير كما قاله في الروضة، ومما ورد النص فيه بالحل الأنعام ـ وهي «الإبل والبقر والغنم ـ وإن اختلفت أنواعها. لقوله تعالى: ﴿أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الأَنْعَامِ﴾ [المائدة: ١] والخيل ولا واحد له من لفظه كقوم لخبر الصحيحين عن جابر «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَوْمَ خَيْبَرَ عَنْ لُحُومِ الْحُمُرِ الأَهْلِيَّةِ، وَأَذِنَ فِي لُحُومِ الخَيْلِ»[١] وفيهما عن أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله تعالى عنهما قالت «نَحَرْنا فَرَساً عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَكَلْنَاهُ وَنَحْنُ بِالْمَدِينَةِ»[٢] وأما خبر خالد[٣] في النهي عن أكل لحوم الخيل فقال الإمام أحمد وغيره: منكر، وقال أبو داود: منسوخ. وبقر وحش. وهو أشبه شيء بالمعز الأهلية. وحمار وحش؛ لأنهما من الطيبات ولما في الصحيحين أنه ﷺ قال في الثاني: «كُلُوا مِنْ لَحْمِهِ» وأكل منه. وقيس به الأول. وظبي وظبية بالإجماع وضبع، لأنه ﷺ قال: «يَحِلُّ أَكْلُهُ» ولأن نابه ضعيف لا يتقوى به، وهو من أحمق الحيوان، لأنه يتناوم حتى يصاد، وهو اسم للأنثى، قال

---

(١) أخرجه البخاري (٤٢١٩ ـ ٥٥٢٠ ـ ٥٥٢٤) ومسلم (٩٤١).

(٢) أخرجه البخاري (٥٥١٠ ـ ٥٥١١) ومسلم (١٩٤٢) والنسائي ٧/ ٢٣٠ وأحمد في المسند ٩/ ٣٤٥.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٧٩٠ ـ ٣٨٠٦) والنسائي ٧/ ٢٠٢ وأحمد في المسند ٤/ ٨٩ وابن ماجة (٣١٩٨) وانظر التلخيص ٤/ ١٥١.

. . . .

الدميري: ومن عجيب أمرها أنها تحيض وتكون سنة ذكراً وسنة أنثى، ويقال للذكر: ضبعان وضب. لأنه أكل على مائدته ﷺ بحضرته، ولم يأكل منه، فقيل: أَحَرَامٌ هُوَ؟ قَالَ: «لَا. وَلَكِنَّهُ لَيْسَ بِأَرْضِ قَوْمِي فَأَجِدُنِي أَعَافُهُ» وهو حيوان للذكر منه ذكران وللأنثى منه فرجان. وأرنب وهو: حيوان يشبه العناق قصير اليدين طويل الرجلين عكس الزرافة، لأنه «بَعَثَ بِوِرْكِهَا إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَبِلَهُ وَأَكَلَ مِنْهُ» رواه البخاري، وثعلب لأنه من الطيبات ولا يتقوى بنابه. وكنيته أبو الحصين. والأنثى ثعلبة. وكنيتها أم هويل ويربوع[١] لأن العرب تستطيبه ونابه ضعيف. وفنك ـ بفتح الفاء والنون ـ لأن العرب تستطيبه وهو حيوان يؤخذ من جلده الفرو للينه وخفته ـ وسمور ـ بفتح المهملة وضم الميم المشددة ـ وسنجاب، لأن العرب تستطيب ذلك ـ وهما نوعان من ثعالب الترك. والقنفذ[٢] بالذال المعجمة ـ والوبر ـ بإسكان الموحدة ـ دويبة أصغر من الهر كحلاء العين لا ذنب لها. والدلدل. وهو دويبة قدر السخلة ذات شوك طويل يشبه السهام، وابن عرس[٣] وهو: دويبة رقيقة تعادي الفأر تدخل جحره وتخرجه، والحواصل ـ ويقال له: حوصل ـ وهو ـ طائر أبيض أكبر من الكركي ذو حوصلة عظيمة يتخذ منها فرو.

---

(١) نوع من الفأر كابن عرس وحلهما مستثنى منه وقال في شرح الروض: وهو دويبة رفيقة تعادي الفأر تدخل جحره وتخرجه.

(٢) قال مالك والشافعي: يحل أكل القنفذ وقال أبو حنيفة وأحمد بتحريمه.

(٣) بكسر العين المهملة وجمعها بنات عرس قاله في المصباح والمراد بها العرسة المشهورة وهو حيوان قريب من الفأر لكن أشدّ منه وهو يعاديه فيدخل جحره يخرجه ويأكله حكي أنه تبع فأرة فهربت منه إلى شجرة فصعد خلفها فانتهت إلى رأس غصن فتبعها فلم يبق لها مهرب فتعلقت بورقة وأدلت نفسها فصاح ابن عرس فجاءت أنثاه تحت الشجرة فقطع عرق الورقة فسقطت الفأرة فأمسكتها أنثاه فهو أعدى للفأر من السنور لأنه يدخل جحره والسنور لا يطيق ذلك ومع ذلك يخاف الفأر من السنور أكثر، ويعادي أيضاً الحية ويقتلها ويعادي التمساح فيدخل جوفه إذا فتح فاه فيأكل أمعاءه ويمزقها وإذا مرض أكل بيض الدجاج فيشفى وحكمه حرمة أكله عند أبي حنيفة وحله عند الشافعي رحمهما الله وعنه قول بالحرمة قال أرسطاطاليس إن الأنثى من بنات عرس تلقح وتلد من أذنها.

ويحرم كل ما ندب قتله لإيذائه كحية وعقرب وغراب أبقع وحدأة وفأرة. والبرغوث والزنبور ـ بضم الزاي، والبق، وإنما ندب قتلها لإيذائها كما مر. إذ لا نفع فيها.

وما فيه نفع ومضرة لا يستحب قتله لنفعه، ولا يكره لضره.

ويكره قتل ما لا ينفع ولا يضر كالخنافس والجعلان وهو: دويبة معروفة تسمى الزعقوق، والكلب غير العقور الذي لا منفعة فيه مباحة.

وتحرم الرخمة، وهو طائر أبيض بطيء الطيران، والببغاء ـ بفتح الموحدتين وتشديد الثانية ـ وهو الطائر المعروف بالدرة. والطاووس وهو طائر في طبعه العفة ويحب الزهو بنفسه والخيلاء والإعجاب بريشه. وهو مع حسنه يتشاءم به ووجه تحريمه وما قبله خبثها.

ولا يحل ما نهي عن قتله كخطاف[1]، ويسمى عصفور الجنة، لأنه زهد ما في أيدي الناس من الأقوات، ونمل وذباب، ولا تحل الحشرات ـ وهي صغار دواب الأرض ـ كخنفساء ودود، ولا ما تولد من مأكول وغيره كمتولد بين كلب وشاة، فلو لم

(١) بضم الخاء نوع من العصفور يعرف بعصفور الجنة جمعه خطاطيف يبني بيته في أبعد المواضع عن الوصول إليها بناء محكماً بالطين واللبن فإن لم يجد طيناً غطس في الماء وتمرغ في التراب وطين عشه بما على أجنحته ويجعله على قدره وقدر فرخه فقط ولا يلقي فيه شيئاً من خرئه بل يلقيه خارجه ويجعل فيه قضبان الكرفس لينفر الخفاش عن فراخه لأنه يهرب من رائحة الكرفس ولولاه لقتل فراخه لعداوة بينهما وإذا كبرت فراخه علمها ذلك، ومن أمره إذا قلعت عينه عادت وإذا عمي أكل من شجرة يقال لها عين شمس فيعود بصره لما في تلك الشجرة من المنفعة للعين وما رئي قط آكلاً ولا مجتمعاً بأنثاه، وإذا أراد شخص حجر اليرقان لطخ فرخه بزعفران أي يدهن به مناقير أولاده ليعتقد ذلك العصفور أن بأولاده ذلك المرض أي اليرقان فيذهب فيأتي بحجر اليرقان الذي هو نافع جداً ويمر به عليه وهو حجر فيه خيوط بين الحمرة والسواد إذا حمله ذو اليرقان أو غسله وشرب ماءه على الفطور زال عنه، وقيل وقد زهد الخطاف ما للناس من الأقوات واقتات بالبعوض والذباب ولهذا أحبه الناس ولم يتعرضوا له بسوء.

وَيَحِلُّ لِلْمُضْطَرِ فِي الْمَخْمَصَةِ

نر ذلك وولدت شاة سخلة تشبه الكلب قال البغوي: لا تحرم، لأنه قد يحصل الخلق على خلاف صورة الأصل. ومن المتولد بين مأكول وغيره السمع ـ بكسر السين المهملة ـ فإنه متولد بين الذئب والضبع. والبغل. لتولده بين فرس وحمار كما مر. والزرافة ـ وهي بفتح الزاي وضمها ـ وبتحريمها جزم صاحب التنبيه وقال النووي في المجموع: إنه لا خلاف فيه، ومنع ابن الرفعة التحريم، وحكي أن البغوي أفتى بحلها قال الأذرعي: وهو الصواب، ومنقول اللغة أنها متولدة بين مأكولين من الوحش، وقال الزركشي: ما في المجموع سهو، وصوابه العكس اهـ. وهذا الخلاف يرجع فيه إلى الوجود إن ثبت أنها متولدة بين مأكولين فما يقوله هؤلاء ظاهر، وإلا فالمعتمد ما في المجموع.

ويحل كركي، وإوز، وبط، ودجاج، وحمام، وهو كل ما عب وهدر، وما على شكل عصفور، وإن اختلف لونه كعندليب وهو الهزار، وصعوة وهي صغار العصافير، ويحل غراب الزرع على الأصح وهو أسود صغير يقال له الزاغ، وقد يكون محمر المنقار والرجلين، لأنه مستطاب يأكل الزرع يشبه الفواخت، وأما ما عدا الأبقع الحرام وغراب الزرع الحلال فأنواع أحدها العقعق ويقال القعقع وهو ذو لونين أسود وأبيض، طويل الذنب قصير الجناح، عيناه تشبهان الزئبق، صوته العقعقة، كانت العرب تتشاءم بصوته، ثانياً: الغداف الكبير. ويسمى الغراب الجبلي، لأنه لا يسكن إلا الجبال. فهذان حرامان لخبثهما. ثالثها: الغداف الصغير. وهو أسود رمادي اللون. وهذا قد اختلف فيه فقيل: يحرم كما صححه في أصل الروضة وجرى عليه ابن المقري، للأمر بقتل الغراب في خبر مسلم. وقيل بحله كما هو قضية كلام الرافعي وهو الظاهر، وقد صرح بحله البغوي والجرجاني والروياني علله بأنه يأكل الزرع واعتمده الإسنوي والبلقيني.

(ويحل للمضطر) أي يجب عليه، إذا خاف على نفسه (في) حال (المخمصة) بميمين مفتوحتين بينهما خاء معجمة وبعدها صاد: أي المجاعة ـ موتاً أو مرضاً مخوفاً [أو زيادته أو طول مدته أو انقطاعه عن رفقته أو خوف ضعف عن مشي][1] أو

(١) ما بين المعكوفين سقط في ط.

أَنْ يَأْكُلَ مِنَ الْمَيْتَةِ الْمُحَرَّمَةِ مَا يَسُدُّ بِهِ رَمَقَهُ

ركوب ـ ولم يجد حلالاً يأكله (أن يأكل من الميتة المحرمة) عليه قبل اضطراره، لأن تاركه ساع في هلاك نفسه، وكما يجب دفع الهلاك بأكل الحلال. وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] فلا يشترط فيما يخاف تحقق وقوعه لو لم يأكل. بل يكفي في ذلك الظن كما في الإكراه على أكل ذلك. فلا يشترط فيه التيقن ولا الإشراف على الموت بل لو انتهى إلى هذه الحالة لم يحل له أكله، فإنه غير مفيد كما صرح به في أصل الروضة.

تنبيه ـ يستثنى من ذلك العاصي بسفره. فلا يباح له الأكل حتى يتوب قال البلقيني: وكالعاصي بسفره مراق الدم كالمرتد والحربي فلا يأكلان من ذلك حتى يسلما، قال: وكذا مراق الدم من المسلمين وهو متمكن من إسقاط القتل بالتوبة كتارك الصلاة ومن قتل في قطع الطريق، قال: ولم أر من تعرض له، وهو متعين.

تنبيه ـ أفهم إطلاق المصنف الميتة المحرمة التخيير بين أنواعها كميتة شاة وحمار، لكن لو كانت الميتة من حيوان نجس في حياته كخنزير وميتة حيوان طاهر في حياته كحمار وجب تقديم ميتة الطاهر كما صححه في المجموع. وهو المعتمد. وإن خالفه الإسنوي.

ثم إن توقع المضطر حلالاً على قرب لم يجز أن يأكل غير (ما يسد رمقه) لاندفاع الضرورة به. وقد يجد بعده الحلال ولقوله تعالى: ﴿غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ﴾ [المائدة: ٣] قيل: أراد به الشبع. قال الإسنوي ومن تبعه: والرمق بقية الروح كما قاله جماعة. وقال بعضهم: إنه القوة. وبذلك ظهر لك أن الشد المذكور بالشين المعجمة لا بالمهملة. قال الأذرعي وغيره: الذي نحفظه أنه بالمهملة وهو كذلك في الكتب. والمعنى عليه صحيح، لأن المراد سد الخلل الحاصل في ذلك بسبب الجوع. نعم إن خاف تلفاً أو حدوث مرض أو زيادته إن اقتصر على سد الرمق جازت له الزيادة. بل وجبت لئلا تهلك نفسه.

تنبيه ـ يجوز له التزود من المحرمات ولو رجا الوصول إلى الحلال ويبدأ وجوباً بلقمة حلال ظفر بها، فلا يجوز له أن يأكل مما ذكر حتى يأكلها لتحقق الضرورة، وإذا

. . . .

وجد الحلال بعد تناوله الميتة ونحوها لزمه القيء، أي إذا لم يضره كما هو قضية نص الأم، فإنه قال: وإن أكره رجل حتى شرب خمراً أو أكل محرماً فعليه أن يتقايأ إذا قدر عليه ولو عم الحرام جاز استعمال ما يحتاج إليه، ولا يقتصر على الضرورة، قال الإمام: بل على الحاجة، قال ابن عبدالسلام: هذا إن توقع معرفة المستحق إذ المآل عند اليأس منها للمصالح العامة. وللمضطر أكل آدمي ميت إذا لم يجد ميتة غيره كما قيده الشيخان في الشرح والروضة. لأن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت، واستثني من ذلك ما إذا كان الميت نبياً فإنه لا يجوز الأكل منه جزماً.

فإن قيل: كيف يصح هذا الاستثناء والأنبياء أحياء في قبورهم يصلون كما صحت به الأحاديث.

أجيب بأنه يتصور ذلك من مضطر وجد ميتة نبي قبل دفنه.

وأما إذا كان الميت مسلماً والمضطر كافراً فإنه لا يجوز الأكل منه لشرف الإسلام، وحيث جوزنا أكل ميتة الآدمي لا يجوز طبخها ولا شيها لما في ذلك من هتك حرمته، ويتخير في غيره بين أكله نيئاً وغيره، وله قتل مرتد وأكله، وقتل حربي ولو صغيراً أو امرأة وأكلها، لأنهما غير معصومين، وإنما حرم قتل الصبي الحربي والمرأة الحربية في غير الضرورة لا لحرمتهما بل لحق الغانمين، وله قتل الزاني المحصن والمحارب وتارك الصلاة ومن له عليه قصاص، وإن لم يأذن الإمام في القتل، لأن قتلهم مستحق، وإنما اعتبروا إذنه في غير حال الضرورة تأدباً معه، وحال الضرورة ليس فيها رعاية أدب، وحكم مجانين أهل الحرب، وأرقائهم وخنثاهم كصبيانهم، قال ابن عبدالسلام. ولو وجد مضطر صبياً مع بالغ حربيين أكل البالغ وكف عن الصبي، لما في أكله من ضياع المال، ولأن الكفر الحقيقي أبلغ من الكفر الحكمي. انتهى. وكذا يقال فيما يشبه الصبي ومحل الإباحة ـ كما قاله البلقيني ـ إذا لم يستول على الصبي والمرأة: أي ونحوهما، وإلا صاروا أرقاء معصومين لا يجوز قتلهم لحق الغانمين، ولا يجوز قتل ذمي ومعاهد لحرمة قتلهما، ولو وجد مضطر طعام غائب أكل منه وغرم بدله، أو حاضر مضطر إليه لم يلزمه بذله لغيره إن لم يفضل عنه، بل هو

وَلَنَا مَيْتَتَانِ حَلاَلاَنِ: السَّمَكُ، وَالْجَرَادُ، وَدَمَانِ حَلاَلاَنِ: الْكَبِدُ والطِّحَالُ.

أحق به، لقوله ﷺ: «ٱبْدَأْ بِنَفْسِكَ»(١) وإبقاء لمهجته. نعم إن كان غير المالك نبياً وجب على المالك بذله له، فإن آثر المضطر مضطراً مسلماً معصوماً جاز، بل يسن، وإن كان أولى به كما في الروضة، لقوله تعالى: ﴿وَيُؤْثِرُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾ [الحشر: ٩] وهو من شيم الصالحين، وخرج بالمسلم الكافر والبهيمة، وبالمعصوم مراق الدم فيجب عليه أن يقدم نفسه على هؤلاء، أو وجد طعام حاضر غير مضطر لزمه بدل لمعصوم بثمن مقبوض إن حضر، وإلا ففي ذمته، ولا ثمن له إن لم يذكره، وإن امتنع غير المضطر من بذله بالثمن فللمضطر قهره وأخذ الطعام وإن قتله، ولا يضمنه إلا إن كان مسلماً والمضطر كافر معصوم فيضمنه كما بحثه ابن أبي الدم، أو وجد مضطر ميتة وطعامٍ غيره لم يبذله له، أو ميتة وصيداً حرم بإحرام، أو حرم تعينت الميتة، ويحل قطع جزء نفسه لأكله إن فقد نحو ميتة وكان خوف قطعه أقل، ويحرم قطع بعضه لغيره من المضطرين، لأن قطعه لغيره ليس فيه قطع البعض لاستبقاء الكل، نعم إن كان ذلك الغير نبياً لم يحرم، بل يجب، ويحرم على المضطر أيضاً أن يقطع لنفسه قطعة من حيوان معصوم لما مر.

(ولنا ميتتان حلالان) وهما (السمك والجراد) ولو بقتل مجوسي، لخبر: «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ: السَّمَكُ وَالْجَرَادُ» فيحل أكلها وبلعها وإن لم يشبه السمك المشهور ككلب وخنزير وفرس، وكره قطعهما حيين، ويكره ذبحهما إلا سمكة كبيرة يطول بقاؤها فيسن ذبحها، ويحرم ما يعيش في بر وبحر كضفدع وسرطان ويسمى عقرب الماء وحية ونسناس وتمساح وسلحفاة ـ بضم السين وبفتح اللام ـ لخبث لحمهما، وللنهي عن قتل الضفدع.

فائدة ـ روى القزويني عن عمر رضي الله عنه أن النبيّ ﷺ قال: «إِنَّ اللَّهَ خَلَقَ فِي الأَرْضِ أَلْفَ أُمَّةٍ: سِتَّمَائَةٍ فِي الْبَحْرِ، وَأَرْبَعُمِائَةٍ فِي الْبَرِّ» وقال مقاتل بن حبان: «لِلَّهِ تَعَالَى ثَمَانُونَ أَلْفَ عَالَمٍ: أَرْبَعُونَ أَلْفاً فِي الْبَحْرِ، وَأَرْبَعُونَ أَلْفاً فِي الْبَرِّ».

(ودمانِ حلالان) وهما (الكبد) بكسر الموحدة على الأفصح (والطحال) بكسر

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند ٢/ ٦٨ (٢٢٥).

فَصْــلٌ

الطاء ـ لحديث: «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ: السَّمَكُ وَالْجَرَادُ، والْكَبِدِ والطِّحَالُ» رفعه ابن ماجه بسند ضعيف عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما وصحح البيهقي وقفه عليه، وقال حكمه حكم المرفوع، ولذا قال في المجموع: الصحيح أن ابن عمر هو القائل: «أُحِلَّتْ لَنَا» وأنه يكون بهذه الصيغة مرفوعاً.

تتمة ـ أفضل ما أكلت منه كسبك، من زراعة لأنها أقرب إلى تجارة، لأن الصحابة كانوا يكتسبون بها، ويحرم ما يضر البدن أو العقل كالحجر والتراب والزجاج والسم كالأفيون ـ وهو لبن الخشخاش ـ لأن ذلك مضر، وربما يقتل وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥] قال الزركشي في شرح التنبيه: ويحرم أكل الشواء المكمور، وهو ما يكفى عليه غطاء بعد استوائه لإضراره بالبدن، ويسن ترك التبسط في الطعام المباح فإنه ليس من أخلاق السلف، هذا إذا لم تدع إليه حاجة كقرى الضعيف وأوقات التوسعة على العيال كيوم عاشوراء، ويومي العيد، ولم يقصد بذلك التفاخر والتكاثر، بل لطيب خاطر الضعيف والعيال وقضاء وطرهم مما يشتهونه، وفي إعطاء النفس شهواتها المباحة مذاهب حكاها الماوردي: الأول: منعها وقهرها لئلا تطغى، والثاني: إعطاؤها تحيلاً على نشاطها وبعثاً لروحانيتها قال: والأشبه التوسط بين الأمرين، لأن في إعطائها الكل سلاطة عليه وفي منعها بلادة. ويسن الحلو من الأطعمة وكثرة الأيدي على الطعام، وأن يحمد الله تعالى عقب الأكل والشرب، وروى أبو داود بإسناد صحيح أنه ﷺ «كَانَ إِذَا أَكَلَ أَوْ شَرِبَ قَالَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي أَطْعَمَ وَسَقَى وَسَوَّغَهُ وَجَعَلَ لَهُ مَخْرَجاً».

(فَصْلٌ) فِي الأُضْحِيَةِ[1]

مشتقة من الضحوة، وسميت بأول زمان فعلها وهو الضحى. وهي بضم همزتها وكسر وتشديد يائها وتخفيفها ـ ما يذبح من الغنم تقرباً إلى الله تعالى من يوم العيد إلى آخر أيام التشريق.

(١) ذكرها بعد الأطعمة لأن الأضحية مختصة بالنعم وقد سبق ذكر النعم في الفصل السابق وأوّل طلبها في السنة الثانية من الهجرة كالعيدين وزكاة المال والفطر وهي أفضل من صدقة التطوع لأنه قيل =

وَالأُضْحِيَةُ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ.

والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ﴾ [الكوثر: ٢] فإن أشهر الأقوال أن المراد بالصلاة صلاة العيد وبالنحر الضحايا، وخبر الترمذي عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن النبيّ ﷺ قال: «مَا عَمِلَ ابْنُ آدَمَ يَوْمَ النَّحْرِ مِنْ عَمَلٍ أَحَبَّ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى مِنْ إِرَاقَةِ الدَّمِ إِنَّهَا لَتَأْتِي يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِقُرُونِهَا وَأَظْلَافِهَا، وَإِنَّ الدَّمَ لَيَقَعُ مِنَ اللَّهِ بِمَكَانٍ قَبْلَ أَنْ يَقَعَ عَلَى الأَرْضِ، فَطِيبُوا بِهَا نَفْساً»[١].

(والأضحية) بمعنى التضحية كما في «الروضة» لا الأضحية كما يفهمه كلامه. لأنَّ الأضحية اسم لما يُضَحَّى به (سُنَّة مؤكدةٌ) في حقنا على الكفاية إن تعدد أهل البيت، إذا فعلها واحد من أهل البيت كفى عن الجميع وإلا فَسُنَّةُ عين. والمخاطبُ بها المسلمُ، الحُرُّ البالغُ، العاقل، المستطيع، وكذا المبعض إذا ملك مالاً ببعضه الحر، قاله في «الكفاية»، قال الزركشي: ولا بد أن تكون فاضلة عن حاجته وحاجة من يُمَوِّنه، لأنها نوع صدقة وظاهر هذا أنه يكفي أن تكون فاضلة عما يحتاجه في ليلته ويومه، وكسوة فصله، كما في صدقة التطوع، وينبغي أن تكون فاضلة عن يوم العيد وأيام التشريق، فإنه وقتها، كما أنَّ يوم العيد وليلة العيد وقت زكاة الفطر، واشترطوا فيها أن تكون فاضلة عن ذلك، وأمَّا المكاتب فهي منه تبرع، فيجري فيها ما يجري في سائر تبرعاته.

تنبيه ـ شمل كلامُ المصنف أهل البوادي والحضر والسفر، والحاج وغيره، لأنَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «ضَحَّى فِي مِنًى عَنْ نِسَائِهِ بِالْبَقَرِ» رواه الشيخان.

والتضحية أفضل من صدقة التطوع للاختلاف في وجوبها، قال الشافعي: لا أُرَخِّصُ في تركها لمن قدر عليها. انتهى أي: فَيُكْرَه للقادر تركها.

= بوجوبها ويكره تركها للقادر عليها وليس للوليّ فعلها من مال محجوره وتسن من ماله عن المولود لا عن الجنين.

(١) أخرجه ابن ماجة ٢/١٠٤٥ (٣١٢٦).

وَيُجْزِىءُ فِيهَا الْجَذَعُ مِنَ الضَّأْنِ وَالثَّنِيُّ مِنَ الْمَعْزِ وَالثَّنِيُّ مِنَ الإِبِلِ وَالثَّنِيُّ مِنَ الْبَقَرِ،

وَيُسَنُّ لمن يُريدها أن لا يزيل شعره ولا ظفره في عشر ذي الحجة حتَّى يُضَحِّي، ولا تجبُ إلَّا بالنذر.

وَيُسَنُّ أَنْ يذبح الأضحية الرجل بنفسه إن أحسن الذبح للاتباع.

أمَّا المرأة فالسّنَّة لها أَنْ توكل كما في المجموع، والخنثى مثلها. ومن لم يذبح لِعُذْرٍ أو لغيره فليشهدها. لما روى الحاكم أنه ﷺ قال لفاطمة رضي الله عنها: «قُومِي إِلَى أُضْحِيَتِكِ فَاشْهَدِيهَا، فَإِنَّه بِأَوَّلِ قَطْرَةٍ مِنْهَا - أي من دمها - يُغْفَرُ لَكِ مَا سَلَفَ مِنْ ذُنُوبِكِ» قَالَ عِمْرَانُ بْنُ حُصَيْنٍ: هَذَا لَكَ وَلأَهْلِ بَيْتِكَ فَأَهْلُ ذَلِكَ أَنْتُمْ أَمْ للمُسْلِمِينَ عَامَّةً؟ قَالَ: بَل «لِلْمُسْلِمِينَ عَامَّةً»[1].

وشروط التضحية نعم: إبل وبقر وغنم، لقوله تعالى: ﴿وَلِكُلِّ أُمَّةٍ جَعَلْنَا مَنْسَكاً لِيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَى مَا رَزَقَهُمْ مِنْ بَهِيمَةِ الأَنْعَامِ﴾ [الحج: ٣٤] ولأن التضحية عبادة تتعلق بالحيوان فاختصت بالنعم كالزكاة.

(ويُجْزِىءُ فيها) من النعم (الجَذَعُ من الضأن) وهو: ما استكمل سنة وطعن في الثانية، ولو أجذع قبل تمام السنة أي سقطت أسنانه أجزأ، لعموم خبر أحمد: «ضَحُّوا بِالجَذَعِ مِنَ الضَّأْنِ فَإِنَّهُ جَائِزٌ»[2] أي ويكون ذلك كالبلوغ بالسن أو الاحتلام، فإنه يكفي أسبقهما كما صرَّح به في أصل «الروضة» (والثني من المعز) وهو: ما استكمل سنتين وطعن في الثالثة (والثني من الإبل) وهو: ما استكمل خمس سنين وطعن في السادسة (و) الثني من (البقر) الإنسي، وهو ما استكمل سنتين وطعن في الثالثة، وخرج بقيد الإنسي الوحشي، فلا يجزىءُ في الأضحية وإن دخل في اسم البقر، وتجزىء التضحية بالذكر والأنثى وإن كثر نزوان الذكر وولادة الأنثى، نعم التضحية بالذكر أفضل على الأصح المنصوص، لأن لحمه أطيب كما قاله الرافعي، ونقل في «المجموع» في باب الهدي عن الشافعي أنَّ الأنثى أحسن من الذكر، لأنها أرطبُ

---

(١) أخرجه الحاكم ٣/٩٩، ٤/٢٢٢ والطبراني في الكبير ١٧/٨٧.
(٢) أخرجه أحمد في المسند ٦/٣٦٨ والبيهقي في السنن ٩/٢٧١ وانظر التلخيص ٤/١٣٩.

وَتُجْزِىءُ البَدَنَةُ عَنْ سَبْعَةٍ، وَالْبَقَرَةُ عَنْ سَبْعَةٍ. وَالشَّاةُ عَنْ وَاحِدٍ،

لحماً ولم يحك غيره، ويمكن حمل الأول على ما إذا لم يكثر نزوانه والثاني على ما إذا كثر.

تنبيه ـ لم يتعرض كثير من الفقهاء لإجزاء الخنثى في الأضحية، وقال النووي: إنه يجزىء لأَنَّهُ ذكر أو أنثى وكلاهما يُجْزِىءُ، وليس فيه ما ينقص اللحم.

(وتجزىء البدنة) عند الاشتراك فيها (عن سبعة) لما رواه مسلم عن جابر ـ رضي الله تعالى عنه قال: خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مُهِلِّينَ بِالْحَجِّ فَأَمَرَنَا أَنْ نَشْتَرِكَ فِي الإِبِلِ وَالْبَقَرِ كُلُّ سَبْعَةٍ مِنَّا فِي بَدَنَةٍ[1] وسواء اتفقوا في نوع القربة أم اختلفوا كما إذا قصد بعضهم التضحية وبعضهم الهدي، وكذا لو أراد بعضهم اللحم وبعضهم الأضحية، ولهم قسمة اللحم، لأن قسمته قسمة إفراز على الأصح كما في المجموع (و) كذا (البقرة) تجزىء (عن سبعة) للحديث المار.

تنبيه ـ لا يختص إجزاء البدنة أو البقرة عن سبعة بالتضحية، بل لو لزم شخصاً سبع شياه بأسباب مختلفة كالتمتع والقران والفوات ومباشرة محظورات الإحرام أجزأ عن ذلك بدنة أو بقرة.

(و) تجزىء (الشاة) المعينة من الضأن أو المعز (عن واحد) فقط، فإن ذبحها عنه وعن أهله أو عنه وأشرك غيره في ثوابها جاز، وعليه حمل خبر (ضَحَّى) رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِكَبْشَيْنِ وَقَالَ: اللَّهُمَّ تَقَبَّلْ مِنْ مُحَمَّدٍ وَآلِ مُحَمَّدٍ وَمِنْ أُمَّةِ مُحَمَّدٍ. قَالَ فِي الْمَجْمُوعِ: ومما يستدل به لذلك ـ الخبر الصحيح في الموطأ أن أبا أيوب الأنصاري قال: كُنَّا نُضَحِّي بِالشَّاةِ الْوَاحِدَةِ يَذْبَحُهَا الرَّجُلُ عَنْهُ وَعَنْ أَهْلِ بَيْتِهِ، ثُمَّ تَبَاهَى النَّاسُ بَعْدُ، فَصَارَتْ مُبَاهَاةً. وخرج بمعينة الاشتراك في شاتين مشاعتين بين اثنين فإنه لا يصح، وكذا لو اشترك أكثر من سبعة في بقرتين مشاعتين أو بدنتين كذلك لم يجزىء عنهم بذلك، لأن كل واحد لم يخصه سبع بدنة أو بقرة من كل واحدة من ذلك،

---

(١) أخرجه مسلم (١٣١٨).

وَأَرْبَعٌ لَا تُجْزِىءُ فِي الضَّحَايَا: الْعَوْرَاءُ الْبَيِّنُ عَوَرُهَا،

والمتوالد بين إبل وغنم وبقر وغنم ينبغي أنه لا يجزىء[1] عن أكثر من واحد.

وأفضل أنواع التضحية[2] بالنظر لإقامة شعارها بدنة، ثم بقرة لأن لحم البدنة أكثر ثم ضأن ثم معز، لطيب الضأن على المعز، ثم المشاركة في بدنة أو بقرة. أما بالنظر للحم فلحم الضأن خيرها، وسبع شياه أفضل من بدنة أو بقرة، وشاة أفضل من مشاركة في بدنة أو بقرة، للانفراد بإراقة الدم، وأجمعوا على استحباب السمين في الأضحية: فالسمينة أفضل من غيرها. ثم ما تقدم من الأفضلية في الذوات وأما في الألوان فالبيضاء أفضل ثم الصفراء ثم العفراء، وهي التي لا يصفو بياضها، ثم الحمراء، ثم البلقاء[3] ثم السوداء قيل، للتعبد، وقيل، لحسن المنظر، وقيل، لطيب اللحم، وروى الإمام أحمد خبر: «لَدَمُ عَفْرَاءَ أَحَبُّ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى مِنْ دَمِ[4] سَوْدَاوَيْنِ».

(وأربع لا تجزىء[5] في الضحايا) الأولى، (العوراء) بالمد (البين عورها) بأن لم تبصر بإحدى عينيها وإن بقيت الحدقة.

---

(١) لكن يعتبر أعلى السنين حتى لو تولد بين ضأن ومعز لا بد من بلوغه سنتين إلحاقاً له بأعلى السنين نبّه عليه الزركشي.

(٢) حاصل ما أشار إليه أربعة أنواع تختلف فيها الأضحية بالاعتبار فمن حيث إظهار الشعار فالبدنة ثم البقرة أفضل وهي المرتبة الأولى ومن حيث طيب اللحم أفضلها الضأن وهي المرتبة الثانية ومن حيث الانفراد بإراقة الدم فالشاة أفضل من المشاركة في بدنة وهي المرتبة الثالثة ومن حيث اللون فالبيضاء الخ أفضل وهي المرتبة الرابعة فإن تعارضت الصفات فسمينة سوداء أفضل من بيضاء هزيلة وما جمع صفتين أفضل مما جمع صفة واحدة والبيضاء السمينة إذا كانت ذكراً أفضل مطلقاً.

(٣) قال في المختار البلق سواد وبياض وكذا البلقة والظاهر أن المراد هنا ما هو أعم من ذلك ليشمل ما فيه بياض وحمرة بل ينبغي تقديمه على ما فيه بياض وسواد لقربه من البياض بالنسبة للسواد وينبغي تقديم الأحمر الخالص على الأسود وتقديم الأزرق على الأحمر وكل ما كان أقرب إلى الأبيض يقدم على غيره وعبارة شرح المنهج بعد الصفراء ثم الحمراء ثم البلقاء ثم السوداء.

(٤) أخرجه أحمد في المسند ٢/٤١٧ والحاكم في المستدرك ٤/٢٢٧ والبيهقي ٩/٢٧٣.

(٥) محل عدم إجزائها ما لم يلتزمها متصفة بالعيوب المذكورة فإن التزمها كذلك كقوله: لله عليّ أن

وَالْعَرْجَاءُ الْبَيِّنُ عَرَجُهَا، وَالْمَرِيضَةُ الْبَيِّنُ مَرَضُهَا، وَالْعَجْفَاءُ الَّتِي ذَهَبَ مُخُّهَا مِنَ الْهُزَالِ.

فإن قيل: لا حاجة لتقييد العور بالبين، لأن المدار في عدم إجزاء العوراء على ذهاب البصر من إحدى العينين.

أجيب بأن الشافعي رضي الله تعالى عنه قال: أصل العور بياض يغطي الناظر، وإذا كان كذلك فتارة يكون يسيراً فلا يضر فلا بد من تقييده بالبين، كما في حديث الترمذي الآتي.

تنبيه ـ قد علم من كلامه عدم إجزاء العمياء بطريق الأولى، وتجزىء العمشاء ـ وهي ضعيفة البصر مع سيلان الدمع غالباً ـ والمكوية ـ لأن ذلك لا يؤثر في اللحم ـ والعشواء ـ وهي التي لا تبصر ليلاً ـ لأنها تبصر وقت الرعي غالباً.

(و) الثانية ـ (العرجاء) بالمد (البين عرجها) بأن يشتد عرجها بحيث تسبقها الماشية إلى المرعى وتتخلف عن القطيع، فلو كان عرجها يسيراً بحيث لا تتخلف به عن الماشية لم يضر كما في الروضة.

(و) الثالثة ـ (المريضة البين مرضها) بأن يظهر بسببه هزالها وفساد لحمها، فلو كان مرضها يسيراً لم يضر. ويدخل في إطلاق المصنف الهيماء بفتح الهاء، والمد فلا تجزىء، لأن الهيام كالمرض: يأخذ الماشية فتهيم في الأرض ولا ترعى كما قال في الزوائد.

(و) الرابعة ـ (العجفاء) بالمد، وهي التي ذهب لحمها السمين بسبب ما حصل لها (من الهزال) بضم الهاء، وهو ـ كما قاله الجوهري ـ ضد السمن.

= أضحي بهذه وكانت عرجاء مثلاً أو جعلت هذه أضحية وكانت مريضة مثلاً أو للّه عليّ أن أضحي بعرجاء أو بحامل فتجزىء التضحية في ذلك كله ولو كانت معيبة والعبرة بالسلامة وعدمها عند الذبح ما لم يتقدمه إيجاب فإن تقدم فإن أوجبها على نفسه معيبة فذاك وإلا فلا بد من السلامة فإذا قال للّه عليّ أضحية ثبتت في ذمته سليمة ثم إن عين سليماً عن الذي في الذمة واستمر إلى الذبح فذاك وإن عين سليماً ثم تعيب قبل الذبح أبدله بسليم.

وَيُجْزِىءُ الخَصِيُّ

ويدل لما قاله المصنف ما رواه الترمذي وصححه أنه ﷺ قال: «أَرْبَعٌ لَا تُجْزِىءُ فِي الأَضَاحِي: الْعَوْرَاءُ الْبَيِّنُ عَوَرُهَا وَالْمَرِيضَةُ الْبَيِّنُ مَرَضُهَا، وَالْعَرْجَاءُ الْبَيِّنُ عَرَجُهَا، وَالْعَجْفَاءُ الَّتِي لَا تُنْقِي»[1] مأخوذة من النقي ـ بكسر النون وإسكان القاف ـ وهو المخ: أي لا مخ لها من شدة الهزال، وعلم من هذا عدم إجزاء المجنونة وهي التي تدور في المرعى ولا ترعى إلا قليلاً فتهزل وتسمى أيضاً التواء، بل أولى بها.

تنبيه ـ قد عرفت ما تناوله كلام المصنف من أن العمياء والهيماء والمجنونة لا تجزىء وبه صارت العيوب المذكورة سبعة[2]، وبقي منها مما لا يتناوله كلام المصنف: الجرباء وإن كان الجرب يسيراً على الأصح المنصوص، لأنه يفسد اللحم والودك، والحامل فلا تجزىء[3] كما حكاه في المجموع عن الأصحاب وتبعه عليه في المهمات، وتعجب[4] من ابن الرفعة حيث صحح في الكفاية الإجزاء.

فائدة ـ ضابط المجزىء في الأضحية ـ السلامة من عيب ينقص اللحم أو غيره مما يؤكل.

(وتجزىء الخصي) لأنه ﷺ (ضَحَّى بِكَبْشَيْنِ مَوْجُوءَيْنِ)[5] أي خصيين رواه الإمام أحمد وأبو داود وغيرهما، وجبر ما قطع منه زيادة لحمه طيباً وكثرة وأيضاً

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٤٨٢ وأحمد في المسند ٤/ ٢٨٩ والدارمي ٢/ ٧٦ وأبو داود ٣/ ٢٣٥ (٢٨٠٢) والترمذي ٤/ ٨٥ (١٤٩٧) والنسائي ٧/ ٢١٤ وابن ماجة ٢/ ١٠٥٠ (٣١٤٤) وابن حبان كذا في الموارد (١٠٤٦).

(٢) سيأتي أيضاً منها الجرب والحمل وقطع الأذن كلاً أو بعضاً وقطع الذنب كذلك فصارت العيوب أحد عشر.

(٣) وهو المعتمد لأن الحمل ينقص لحمها وإنما عدّوها كاملة في الزكاة لأن القصد فيها النسل دون طيب اللحم وألحق الزركشي بالحامل قريبة العهد بالولادة لنقص لحمها والمرضع وفرق بأن الحمل يفسد الجوف ويصير اللحم رديئاً كما صرحوا به وبالولادة زال هذا المحذور.

(٤) أي الأسنوي المفهوم من المهمات لأنها له.

(٥) أخرجه أحمد في المسند ٣/ ٣٧٥ والدارمي ٢/ ٧٥ وأبو داود ٣/ ٢٣٠ (٢٧٩٥) وابن ماجة ٢/ ١٠٤٣ (٣١٢١).

وَالْمَكْسُورُ الْقَرْنِ، وَلَا تُجْزِىءُ الْمَقْطُوعَةُ الأُذُنِ وَالذَّنَبِ،

الخصية المفقودة منه غير مقصودة بالأكل فلا يضر فقدها، واتفق الأصحاب إلا ابن المنذر على جواز خصاء المأكول[١] في صغره دون كبره، وتحريمه فيما لا يؤكل كما أوضحته في شرح المنهاج وغيره.

(و) يجزىء (المكسور القرن) ما لم يعب اللحم وإن دمي بالكسر، لأن القرن لا يتعلق به كبير غرض، ولهذا لا يضر فقده خلقة، فإن عيب اللحم ضر كالجرب وغيره، وذات القرن أولى، لخبر: (خَيْرُ الضَّحِيَّةِ الْكَبْشُ الأَقْرَنُ)[٢] ولأنه أحسن منظراً، بل يكره غيرها كما نقله في المجموع عن الأصحاب ولا يضر ذهاب بعض الأسنان بحيث لا يؤثر في الاعتلاف ونقص اللحم، فلو ذهب الكل ضر[٣] لأنه يؤثر في ذلك وقضية هذا التعليل أن ذهابُ البعض إذا أثر يكون كذلك وهو الظاهر، ويدل لذلك قول البغوي: ويجزىء مكسور سن أو سنين، وذكره الأذرعي، وصوبه الزركشي.

(ولا يجزىء مقطوع) بعض (الأذن) وإن كان يسيراً، لذهاب جزء مأكول، وقال أبو حنيفة: إن كان المقطوع دون الثلث أجزأ، وأفهم كلام المصنف منع كل الأذن بطريق الأولى ومنع المخلوقة بلا أذن[٤] وهو ما اقتصر عليه الرافعي، بخلاف فاقدة الضرع أو الألية أو الذنب خلقة فإنه لا يضر، والفرق أن الأذن عضو لازم غالباً، بخلاف ما ذكر في الأولين وكما يجزىء ذكر المعز. وأما الثالث فقياساً على ذلك. أما إذا فقد ذلك بقطع ولو لبعض منه كما يؤخذ من قوله. (ولا) مقطوع بعض (الذنب)

---

(١) اعلم أن الخصاء جائز بشروط ثلاثة: أن يكون لمأكول وأن يكون صغيراً وأن يكون في زمان معتدل وإلا حرم وعبارة المصباح قوله خصاء المأكول بالكسر والمدّ أي سلّ خصيتيه بمعنى استخراج بيضته.

(٢) أخرجه أبو داود (٣١٥٦) وابن ماجة (٣١٣٠) والترمذي (١٥١٧) والبيهقي في السنن ٩/ ٢٧٣ والحاكم في المستدرك ٢/ ٢٢٨ وأبو نعيم في الحلية ٩/ ٩٨.

(٣) المعتمد أن فقد الأسنان كلها أو بعضها إن أثر في اللحم ضرّ وإلا فلا، ولا تجزىء فاقدة كل الأسنان بخلاف المخلوقة بلا أسنان وكأنّ الفرق أن فقد جميعها بعد وجودها يؤثر في اللحم بخلاف فقد الجميع خلقة.

(٤) سكتوا عن المخلوقة فاقدة بعض الأذن والظاهر عدم الإجزاء.

وَوَقْتُ الذَّبْحِ مِنْ صَلَاةِ الْعِيدِ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ مِنْ آخِرِ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ، وَيُسْتَحَبُّ عِنْدَ الذَّبْحِ خَمْسَةُ أَشْيَاءَ: التَّسْمِيَةُ، وَالصَّلَاةُ

وإن قل، أو بقطع بعض لسان ـ فإنه يضر، لحدوث ما يؤثر في نقص اللحم وبحث بعضهم أن شلل الأذن كفقدها، وهو ظاهر إن خرج عن كونه مأكولاً ولا يضر شق أذن ولا خرقها بشرط أن لا يسقط حسن الأذن شيء بذلك كما علم مما مر، لأنه لا ينقص بذلك شيء من لحمها ولا يضر التطريف، وهو قطع شيء يسير من الألية لجبر ذلك بسمنها، ولا قطع فلقة يسيرة من عضو كبير كفخذ، لأن ذلك لا يظهر، بخلاف الكبيرة بالإضافة إلى العضو، فلا يجزىء لنقصان اللحم.

(و) يدخل (وقت الذبح) للأضحية المندوبة والمنذورة (من) وقت مضي قدر (صلاة) ركعتي (العيد) وهو طلوع شمس يوم النحر ومضي قدر خطبتين خفيفتين، ويستمر (إلى غروب الشمس من آخر أيام التشريق) الثلاثة بعد يوم النحر، بحيث لو قطع الحلقوم والمريء قبل تمام غروب شمس أخرها صحت أضحيته، فلو ذبح قبل ذلك أو بعده لم يقع أضحية، لخبر الصحيحين: «أَوَّلُ مَا نَبْدَأُ بِهِ فِي يَوْمِنَا هَذَا نُصَلِّي ثُمَّ نَرْجِعُ فَنَنْحَرُ، مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ فَقَدْ أَصَابَ سُنَّتَنَا، وَمَنْ ذَبَحَ قَبْل فَإِنَّمَا هُوَ لَحْمٌ قَدَّمَهُ لأَهْلِهِ لَيْسَ مِنَ النُّسُكِ فِي شَيْءٍ»[1] وخبر ابن حبان: «فِي كُلِّ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ ذَبْحٌ»[2] والأفضل تأخيرها إلى مضي ذلك من ارتفاع شمس يوم النحر كرمح، خروجاً من الخلاف. ومن نذر أضحية معينة أو في ذمته، كللّه عليَّ أضحية، ثم عين المنذور، لزمه ذبحه في الوقت المذكور فإن تلفت المعينة في الثانية ولو بلا تقصير بقي الأصل عليه، أو تلفت في الأولى بلا تقصير فلا شيء عليه. وإن تلفت بتقصير لزمه الأكثر من مثلها يوم النحر وقيمتها يوم التلف ليشتري بها كريمة أو مثلين للمتلفة فأكثر، فإن أتلفها أجنبي لزمه دفع قيمتها للناذر يشتري بها مثلها، فإن لم يجد فدونها.

(ويستحب عند الذبح) مطلقاً (خمسة) بل تسعة (أشياء) الأول ـ (التسمية) بأن يقول: باسم الله ولا يجوز أن يقول: باسم الله واسم محمد (و) الثاني: (الصلاة)

---

(١) أخرجه البخاري (٩٥١ ـ ٩٥٥ ـ ٩٦٨) ومسلم (١٩٦١).

(٢) أخرجه البيهقي ٩/٢٩٦.

عَلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَاسْتِقْبَالُ الْقِبْلَةِ، وَالتَّكْبِيرُ، وَالدُّعَاءُ بِالْقَبُولِ، وَلاَ يَأْكُلُ مِنَ الأُضْحِيَةِ الْمَنْذُورَةِ شَيْئاً، وَيَأْكُلُ مِنَ الأُضْحِيَةِ الْمُتَطَوَّعِ بِهَا، وَلاَ يَبِيعُ مِنَ الأُضْحِيَةِ شَيْئاً.

والسلام (على) سيدنا (رسول الله ﷺ) تبركاً بهما (و) الثالث: (استقبال القبلة بالذبيحة) أي بمذبحها فقط على الأصح دون وجهها ليمكنه الاستقبال أيضاً (و) الرابع: (التكبير) ثلاثاً بعد التسمية كما قاله الماوردي (و) الخامس: (الدعاء بالقبول) بأن يقول: اللهم هذا منك وإليك فتقبل مني، والسادس: تحديد الشفرة في غير مقابلتها، والسابع ـ إمرارها وتحامل ذهابها وإيابها ـ والثامن ـ إضجاعها على شقها الأيسر وشد قوائمها الثلاث غير الرجل اليمنى ـ والتاسع ـ عقل الإبل، وقد مرت الإشارة إلى بعض ذلك.

(ولا يأكل من الأضحية المنذورة) والهدي المنذور كدم الجبرانات في الحج (شيئاً) أي يحرم عليه ذلك، فإن أكل من ذلك شيئاً غرمه (ويأكل من الأضحية المتطوع بها) أي يندب له ذلك قياساً على هدي التطوع الثابت بقوله تعالى: ﴿**فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ**﴾ [الحج: ٢٨] أي الشديد الفقر، وفي البيهقي أنه ﷺ: «كَانَ يَأْكُلُ مِنْ كَبِدِ أُضْحِيَتِهِ»[1] وإنما لم يجب الأكل منها كما قيل به لظاهر الآية لقوله تعالى: ﴿**وَالْبُدْنَ جَعَلْنَاهَا لَكُمْ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ**﴾ [الحج: ٣٦] فجعلها لنا، وما جعل للإنسان فهو مخير بين أكله وتركه قاله من المهذب (ولا يبيع من الأضحية شيئاً) ولو جلدها. أي يحرم عليه ذلك ولا يصح، سواء أكانت منذورة أم لا، وله أن ينتفع بجلد أضحية التطوع، كما يجوز له الانتفاع بها، كأن يجعله دلواً أو نعلاً أو خفاً، والتصدق به أفضل، ولا يجوز بيعه ولا إجارته لأنها بيع المنافع، لخبر الحاكم وصححه «مَنْ بَاعَ جِلْدَ أُضْحِيَتِهِ فَلاَ أُضْحِيَةَ لَهُ»[1] ولا يجوز إعطاؤه أجرة للجزار، ويجوز له إعارته كما تجوز له إعارتها، أما الواجبة فيجب التصدق بجلدها كما في المجموع، والقرن مثل الجلد فيما ذكر، وله جز صوف عليها إن ترك إلى الذبح ضر بها للضرورة، وإلا فلا يجزه إن كانت واجبة، لانتفاع الحيوان به في دفع الأذى وانتفاع المساكين به عند الذبح، وكالصوف فيما ذكر الشعر

---

(١) أخرجه البيهقي ٩/ ٢٨٣.

(١) أخرجه البيهقي ٩/ ٢٩٤ والحاكم في المستدرك ٢/ ٣٩٠ وانظر نصب الراية ٤/ ٢١٨.

ويُطْعِمُ الْفُقَرَاءَ وَالْمَسَاكِينَ.

والوبر، وولد الأضحية الواجبة يذبح حتماً كأمه، ويجوز له كما في المنهاج أكله قياساً على اللبن، وهذا هو المعتمد، وقيل: لا يجوز كما لا يجوز له الأكل من أمه وله شرب فاضل لبنها عن ولدها مع الكراهة كما قاله الماوردي (ويطعم الفقراء والمساكين) من المسلمين على سبيل التصدق[٢] من أضحية التطوع بعضها وجوباً ولو جزءاً يسيراً من لحمها بحيث ينطلق عليه الاسم ويكفي الصرف لواحد من الفقراء أو المساكين، وإن كانت عبارة المصنف تقتضي خلاف ذلك بخلاف سهم الصنف الواحد من الزكاة لا يجوز صرفه لأقل من ثلاثة، لأنه يجوز هنا الاقتصار على جزء يسير لا يمكن صرفه لأكثر من واحد، ويشترط في اللحم أن يكون نيئاً ليتصرف فيه من يأخذه بما يشاء من بيع وغيره كما في الكفارات، فلا يكفي جعله طعاماً ودعاء الفقراء إليه، لأن حقهم في تملكه ولا تمليكهم له مطبوخاً، ولا تمليكهم غير اللحم من جلد وكرش وكبد وطحال ونحوها. ولا الهدية عن التصدق ولا القدر التافه من اللحم كما اقتضاه كلام الماوردي. ولا كونه قديداً كما قاله البلقيني. ولو تصدق بقدر الواجب وأكل ولدها كله جاز ولو أعطى المكاتب جاز كالحر قياساً على الزكاة. وخصه ابن العماد بغير سيده. وإلا فهو كما لو صرفه إليه من زكاته أو هو ظاهر.

وخرج بقيد المسلمين غيرهم. فلا يجوز إطعامهم منها كما نص عليه في البويطي. ووقع في المجموع جواز إطعام فقراء أهل الذمة من أضحية التطوع دون الواجبة، وتعجب منه الأذرعي.

تتمة ـ الأفضل التصدق بكلها، لأنه أقرب للتقوى وأبعد من حظ النفس، إلا لقمة أو لقمتين أو لقماً يتبرك بأكلها عملاً بظاهر القرآن والاتباع للخروج من خلاف من أوجب الأكل. ويسن أن يجمع بين الأكل والتصدق والإهداء وأن يجعل ذلك أثلاثاً.

---

(١) أي لا على سبيل الهدية فلا يكفي. والفرق أن ما كان لأجل الهدية يكون القصد منه الإكرام بخلاف ما كان القصد به الصدقة فإن القصد منه الثواب.

فَصْـــلٌ

وَالْعَقِيقَةُ مُسْتَحَبَّةٌ، وَهِيَ: الذَّبِيحَةُ عَنِ الْمَوْلُودِ يَوْمَ سَابِعِهِ

وإذا أكل البعض وتصدق بالبعض فله ثواب الأضحية بالكل والتصدق بالبعض. ويشترط النية للتضحية عند ذبح الأضحية أو قبله عند تعيين ما يضحى به، كالنية في الزكاة. لا فيما عين لها بنذر فلا يشترط له نية. وإن وكل بذبح كفت نيته، ولا حاجة لنية الوكيل. وله تفويضها لمسلم مميز. ولا تضحية لأحد عن آخر بغير إذنه ولو كان ميتاً كسائر العبادات بخلاف ما إذا أذن له كالزكاة. ولا لرقيق ولو مكاتباً فإن أذن له سيده فيها وقعت لسيده إن كان غير مكاتب وإن كان مكاتباً وقعت له، لأنها تبرع وقد أذن له سيده فيه.

(فَصْـلٌ) فِي الـعَقِيقَةِ

وهي سنة مؤكدة للأخبار الواردة في ذلك. منها خبر: «الْغُلَامُ مُرْتَهَنٌ بِعَقِيقَتِهِ تُذْبَحُ عَنْهُ يَوْمَ السَّابِعِ وَيُحْلَقُ رَأْسُهُ وَيُسَمَّى»[١] ومنها أنه ﷺ «أَمَرَ بِتَسْمِيَةِ الْمَوْلُودِ يَوْمَ سَابِعِهِ. وَوَضْعِ الأَذَى عَنْهُ. وَالعقّ» رواهما الترمذي ومعنى «مُرْتَهَنٌ بِعَقِيقَتِهِ» قيل: لا ينمو نمو مثله. وقيل إذا لم يعق عنه[٢] لم يشفع لوالديه يوم القيامة.

(والعقيقة مستحبة وهي) لغة: اسم الشعر الذي على رأس المولود حين ولادته. وشرعاً (الذبيحة عن المولود) عند حلق شعر رأسه، تسمية للشيء[٣] باسم سببه. ويدخل وقتها بانفصال جميع الولد. ولا تستحب قبله، بل تكون شاة لحم. ويسن ذبحها (يوم سابعه) أي ولادته ويحسب يوم الولادة من السبعة كما في المجموع.

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٥/ ١٢ وأبو داود ٣/ ٢٦٠ (٢٨٣٨) والترمذي ٤/ ١٠١ (١٥٢٢) وقال: حسن صحيح والنسائي ٧/ ١٦٦ وابن ماجة ٢/ ١٠٥٧ (٣١٦٥) والحاكم في المستدرك ٤/ ٢٣٧.

(٢) قال الخطابي هذا أجود ما قيل فيه وهو تفسير أحمد بن حنبل وإحاطته بالسنة تدل على أنه لم يقله إلا عن توقيف.

(٣) هي الذبيحة وقوله باسم سببه أي وهو حلق الرأس هذا مراد الشارح وفيه نظر من وجهين: الأول أنه لا يصح جعل الحلق سبباً للتسمية ولا يصح لذلك، والثاني أنه لا يظهر إلا لو كان الحلق يسمى عقيقة مع أنه لا يسمى إلا أن يجاب بأن مراده السبب البعيد وهو الشعر لأن الشعر سبب للحلق والحلق سبب للذبح وفي كون الحلق سبباً للذبح فكان الأولى من ذلك أن يقال لأن =

. . . .

بخلاف، الختان فإنه لا يحسب منها كما صححه في الزوائد، لأن المرعيَّ هنا المبادرة إلى فعل القربة، والمرعيّ هناك التأخير لزيادة القوة ليحتمله، ويسن أن يقول الذابح بعد التسمية: اللهم هذا منك وإليك عقيقة فلان، لخبر ورد فيه رواه البيهقي بإسناد حسن. ويكره لطخ رأس المولود بدمها، لأنه من فعل الجاهلية. وإنما لم يحرم للخبر الصحيح كما في المجموع أنه ﷺ قال: «معَ الْغُلَامِ عَقِيقَةٌ فَأَهْرِقُوا عَلَيْهِ دَماً، وَأَمِيطُوا عَنْهُ الأَذَى»[1] بل قال الحسن وقتادة: إنه يستحب ذلك ثم يغسل لهذا الخبر ويسن لطخ رأسه بالزعفران والخلوق كما صححه في المجموع ويسن أن يسمى في السابع كما في الحديث المار، ولا بأس بتسميته قبل ذلك، وذكر النووي في أذكاره أن السنة تسميته يوم السابع أو يوم الولادة. واستدل لكل منهما بأخبار صحيحة، وحمل البخاري أخبار الولادة على من لم يرد العق، وأخبار يوم السابع على من أراده، قال ابن حجر شارحه: وهو جمع لطيف لم أره لغيره. ويسن أن يحسن اسمه، لخبر: «إِنَّكُمْ تُدْعَوْنَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِأَسْمَائِكُمْ وَأَسْمَاءِ آبَائِكُم فَحَسِّنُوا أَسْمَاءَكُمْ»[2]، وأفضل الأسماء: عبدالرحمن، وعبدالله. لخبر مسلم: «أَحَبُّ الأَسْمَاءِ إِلَى اللَّهِ عَبْدُاللَّهِ، وَعَبْدُالرَّحْمٰنِ»[3] وتكره الأسماء القبيحة كشهاب وشيطان وحمار وما يتطير بنفيه عادة كبركة ونجيح ولا تكره التسمية بأسماء الملائكة. وروي عن ابن عباس أنه قال: إِذَا كَانَ يَوْمُ الْقِيَامَةِ أَخْرَجَ اللَّهُ أَهْلَ التَّوْحِيدِ مِنَ النَّارِ وَأَوَّلُ مَنْ يَخْرُجُ مَنْ وَافَقَ اسْمُهُ اسْمَ نَبِيٍّ. وعنه أنه قال: إِذَا كَانَ يَوْمُ الْقِيَامَةِ نَادَى مُنَادٍ: أَلَا لِيَقُمْ مَنْ اسْمُهُ مُحَمَّد فَلْيَدْخُلِ

= مذبحها يعقّ أي يشق ويقطع وقيل سمي الشعر عقيقة لأنه يعق أي يزال قال الرشيدي انظر هذا التعليل ولا تظهر له ملاءمة بما قبله ولا يصح جامعاً بين اللغوي الذي ذكره وبين المعنى الشرعي وإنما يظهر على المعنى الذي ذكره ابن عبد البر أن عق لغة معناه قطع فيكون لها في اللغة معنيان القطع والشعر الذي على رأس الولد فلعل هذا المعنى الأول أسقطته الكتبة من الشرح بعد إثباته فيه مع المعنى المذكور ويكون الشرح قد أشار إلى مناسبة المعنى الشرعي لكل من المعنيين فأشار لمناسبته لمعنى قطع بقوله لأن مذبحه الخ ولمناسبته لمعنى الشعر بقوله ولأن الشعر الخ.

(١) أخرجه البخاري ٩/ ٥٩٠ (٥٤٧٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٤٩٤٨) وأحمد في المسند ٥/ ١٩٤ والدارمي ٢/ ٢٩٤ وابن حبان (١٩٤٤).

(٣) أخرجه الترمذي (٢٨٣٣) والنسائي ٦/ ٢١٨.

وَيُذْبَحُ عَنِ الْغُلَامِ شَاتَانِ، وَعَنِ الْجَارِيَةِ شَاةٌ، وَيُطْعِمُ الْفُقَرَاءَ وَالْمَسَاكِينَ.

الْجَنَّةَ كَرَامَةً لِنَبِيِّهِ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ويحرم تلقيب الشخص بما يكره وإن كان فيه كالأعمش، ويجوز ذكره بقصد التعريف لمن لا يعرف إلا به، والألقاب الحسنة لا ينهى عنها، وما زالت الألقاب الحسنة في الجاهلية والإسلام، قال الزمخشري: إلا ما أحدثه الناس في زماننا من التوسع حتى لقبوا السفلة بالألقاب العليا، ويسن أن يكنى أهل الفضل من الرجال والنساء ويحرم التكني بأبي القاسم ولا يكنى كافر، قال في الروضة: ولا فاسق، ولا مبتدع، لأن الكنية للتكرمة، وليسوا من أهلها. إلا لخوف فتنة من ذكره باسمه، أو تعريفه كما قيل به في قوله تعالى: ﴿تَبَّتْ يَدَا أَبِي لَهَبٍ﴾ [المسد: ١] واسمه عبد العزى. ويسن في سابع ولادة المولود أن يحلق رأسه كله، ويكون ذلك بعد ذبح العقيقة كما في الروضة.

(ويذبح) على البناء للمفعول. حذف فاعله للعلم به وهو من تلزم نفقته كما قاله في الروضة (عن الغلام شاتان) متساويتان (وعن الجارية شاة) لخبر عائشة رضي الله عنها «أَمَرَنَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ نَعُقَّ عَنِ الْغُلَامِ بِشَاتَيْنِ وَعَنِ الْجَارِيَةِ بِشَاةٍ»[1] وإنما كانت الأنثى على النصف تشبهاً بالدية، ويتأدى أصل السنة عن الغلام، لأنه ﷺ عق عن الحسن والحسين كبشاً، وكالشاة سبع بدنة أو بقرة، أما من مال المولود فلا يجوز للولي أن يعق عنه من ذلك، لأن العقيقة تبرع وهو ممتنع في مال المولود.

تنبيه ـ لو كان الولي عاجزاً عن العقيقة حين الولادة ثم أيسر قبل تمام السابع استحب في حقه، وإن أيسر بها بعد السابع وبعد بقية مدة السابع في مدة النفاس تردد للأصحاب ومقتضى كلام الأنوار ترجيح مخاطبته بها وهو الظاهر.

(ويطعم الفقراء والمساكين) المسلمين فهي كالأضحية في جنسها وسلامتها من العيب والأفضل منها والأكل منها وقدر المأكول منها، والتصدق منها، والإهداء منها، وتعيينها إذا عينت وامتناع بيعها كالأضحية المسنونة في ذلك، لأنها ذبيحة مندوب إليها فأشبهت الأضحية لكن العقيقة يحسن طبخها كسائر الولائم، بخلاف الأضحية، لما

---

(١) أخرجه عبدالرزاق في المصنف ٤/ ٣٣٠ (٧٩٦١) وأحمد في المسند ٢/ ١٨٢ وأبو داود ٣/ ٢٦٢ (٢٨٤٢) والنسائي ٧/ ١٦٢ والبيهقي في السنن ٩/ ٣٠٠.

. . . .

روى البيهقي عن عائشة رضي الله عنها أنه السنة، ويسن أن تطبخ بحلو تفاؤلاً بحلاوة أخلاق المولود، وفي الحديث الصحيح أنه ﷺ: «كَانَ يُحِبُّ الْحَلْوَاءَ وَالْعَسَلَ»[(١)].

تنبيه ـ ظاهر كلامهم أنه يسن طبخها وإن كانت منذورة، وهو كذلك ويستثنى من طبخها رجل الشاة فإنها تعطى للقابلة، لأن فاطمة رضي الله عنها فعلت ذلك بأمر النبيّ ﷺ رواه الحاكم وقال: صحيح الإسناد. ويسن أن لا يكسر منها عظم. بل يقطع كل عظم من مفصله، تفاؤلاً بسلامة أعضاء المولود، فإن كسره لم يكره.

خاتمة ـ يسن أن يؤذن في أذن المولود اليمنى، ويقام في اليسرى، لخبر ابن السني: «مَنْ وُلِدَ لَهُ مَوْلُودٌ فَأَذَّنَ فِي أُذُنِهِ الْيُمْنَى وَأَقَامَ فِي االيُسْرَى لَمْ تَضُرَّهُ أُمُّ الصِّبْيَانِ»[(٢)] أي التابعة من الجن، وليكون إعلامه بالتوحيد أول ما يقرع سمعه عند قدومه إلى الدنيا، كما يلقن عند خروجه، وأن يحنك بتمر سواء أكان ذكراً أم أنثى، فيمضع ويدلك به حنكه ويفتح فاه حتى ينزل إلى جوفه منه شيء وفي معنى التمر الرطب.

ويسن لكل أحد من الناس أن يدهن غِبًا ـ بكسر الغين ـ أي وقتاً بعد وقت، بحيث يجف الأول، وأن يكتحل وتراً، لكل عين ثلاثة، وأن يحلق العانة، ويقلم الظفر، وينتف الإبط، وأن يغسل البراجم ولو في غير الوضوء، وهي عقد الأصابع ومفاصلها، وأن يسرح اللحية، لخبر أبي داود بإسناد حسن: «مَنْ كَانَ لَهُ شَعْرٌ فَلْيُكْرِمْهُ»[(٣)] ويكره القزع، وهو حلق بعض الرأس، وأما حلق جميعها فلا بأس به لمن أراد التنظيف، ولا يتركه لمن أراد أن يدهنه ويرجله، ولا يسن حلقه إلا في النسك، أو في حق الكافر إذا أسلم، أو في المولود إذا أريد أن يتصدق بزنة شعره ذهباً أو فضة كما مر، وأما المرأة فيكره لها حلق رأسها إلا للضرورة، ويكره نتف اللحية أول طلوعها إيثاراً للمروءة، ونتف الشنب واستعجال الشيب بالكبريت وغيره طلباً للشيخوخة.

---

(١) أخرجه البخاري ٩/ ٥٥٧ (٥٤٣١) ومسلم ٢/ ١١٠١ (٢١ ـ ١٤٧٤).

(٢) أخرجه ابن السني (٦٢٣) وابن عساكر ١٦/ ١٨٢/ ٢ وفي إسناده يحيى بن العلاء الرازي وهو كذاب.

(٣) أخرجه أبو داود ٤/ ٣٩٤ (٤١٦٣) وابن عبد البر في التمهيد ٥/ ٥٤.

كِتَـــابُ الـسَّبْقِ والرَّمْـــيِ[1]

وَتَصحُّ الْمُسَابَقَةُ عَلَى الدَّوَابِّ،

السبق ـ بالسكون ـ مصدر سبق أي تقدم، وبالتحريك المال الموضوع بين أهل السباق، والرمي يشمل الرمي بالسهام والمزاريق وغيرهما.

وهذا الباب من مبتكرات إمامنا[2] الشافعي رضي الله تعالى عنه التي لم يسبق إليها كما قاله المزني وغيره.

والمسابقة الشاملة للمناضلة سنة للرجال المسلمين بقصد الجهاد بالإجماع ولقوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ﴾ [الأنفال: ٦٠] الآية. وفسر النبيّ ﷺ القوة بالرمي، ولخبر أنس: كانت العضباء ناقة رسول الله ﷺ لا تسبق فجاء أعرابي على قعود له فسبقها، فشق ذلك على المسلمين، فقال رسول الله ﷺ: «إِنَّ حَقًّا عَلَى اللَّهِ أَنْ لاَّ يَرْفَعَ شَيْئاً مِنْ هَذِهِ الدُّنْيَا إِلاَّ وَضَعَهُ»[3].

ويكره لمن علم الرمي تركه كراهة شديدة، فإذا قصد بذلك غير الجهاد كان مباحاً، لأن الأعمال بالنيات، وإن قصد به محرماً كقطع الطريق كان حراماً، أما النساء فصرح الصيمري بمنع ذلك لهن، وأقره الشيخان، قال الزركشي: ومراده أنه لا يجوز بعوض، لا مطلقاً، فقد روى أبو داود بإسناد صحيح أن عائشة رضي الله تعالى عنها سابقت النبيّ ﷺ.

(وتصح المسابقة) بعوض أو غيره (على الدواب) الخيل والإبل والبغال والحمير

---

(١) كان المناسب تقديمه على الجهاد لأنه آلة له إلا أن يقال إنه لما كان قد يقع الجهاد بغتة من غير تعلم للمسابقة قدم الجهاد وأخر السبق.

(٢) أي أنه أول من دونه وأدخله في كتب الفقه وليس المراد أن كتب الأئمة خلت عنه ٠كان رضي الله عنه يضرب به المثل في الرمي واتفق له أن رأى رجلاً حاذقاً في الرمي فأعطاه ثلاثمائة دينار وقال له: لا تؤاخذنا لو كان معنا أكثر من ذلك لأعطيناه لك.

(٣) أخرجه البخاري ٦/ ٧٣ (٢٨٧٢).

وَالْمُنَاضَلَةُ عَلَى السِّهَام،

والفيلة فقط، لقوله ﷺ: «لَا سَبْقَ إِلَّا فِي خُفٍّ أَوْ حَافِرٍ»[(١)] فلا تجوز على الكلاب، ومهارشة الديكة ومناطحة الكباش لا بعوض ولا بغيره، لأن فعل ذلك سفه ومن فعل قوم لوط الذين أهلكهم الله بذنوبهم، ولا على طير وصراع بعوض، لأنهما ليسا من آلات القتال.

فإن قيل: قد صارع النبيّ ﷺ ركانة على شياه، رواه أبو داود.

أجيب بأن الغرض من مصارعته له أن يريه شدته ليسلم، بدليل أنه لما صارعه النبيّ ﷺ فأسلم رد عليه غنمه.

فإن كان ذلك بغير عوض جاز، وكذا كل ما لا ينفع في الحرب كالشباك والمسابقة على البقر، فيجوز بلا عوض، وأما الغطس في الماء فقد جرت العادة بالاستعانة به في الحرب كالسباحة فيجوز بلا عوض وإلا فلا يجوز مطلقاً.

(و) تجوز (المناضلة) بالنون والضاد المعجمة ـ أي المغالبة (على) رمي (السهام) سواء أكانت عربية وهي النبل أم عجمية وهي النشاب، وتصح على مزاريق ـ جمع مزراق ـ وهو رمح صغير، وعلى رماح، وعلى رمي بأحجار بمقلاع أو بيد، ورمي بمنجنيق[(٢)]، وكل نافع في الحرب مما يشبه ذلك كالرمي بالمسلات، والإبر والتردد بالسيوف والرماح.

وخرج مما ذكر المراماة بأن يرمي كل واحد منهما بالحجر إلى صاحبه وإشالة الحجر باليد، ويسمى العلاج، فلا يصح العقد على ذلك، وأما التقاف ـ بالمثناة،

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢/ ٤٧٤ وأبو داود ٣/ ٦٣ (٢٥٦٤) والترمذي ٤/ ٢٠٥ (١٧٠٠) والنسائي ٦/ ٢٢٦ وابن ماجة ٢/ ٩٦٠ (٢٨٧٨).

(٢) عطف خاص على عام لأن الرمي باليد شامل له، وأول من صنع المنجنيق إبليس فإن النمروذ لما أراد أن يلقي إبراهيم في النار بنى إلى جنب الجبل جداراً طوله ستون ذراعاً ولما ألقوا الحطب وجعلوا فيه النار وصلت النار إلى رأس ذلك الجدار ولم يدروا كيف يلقون إبراهيم فتمثل لهم إبليس في صورة نجار فصنع لهم المنجنيق ونصبوه على رأس الجبل ووضعوه فيه وألقوه في تلك النار.

إِذَا كَانَتِ الْمَسَافَةُ مَعْلُومَةً،

وتقول العامة بالدال ـ فلا نقل فيه، قال الأذرعي والأشبه جوازه، لأنه ينفع في حالة المسابقة، وقد يمنع خشية الضرر، إذ كل يحرص على إصابة صاحبه كاللكام، وهذا هو الظاهر. ولا يصح على رمي ببندق يرمي به في حفرة ونحوها، ولا على سباحة في الماء، ولا على شطرنج، ولا على خاتم، ولا على وقوف على رجل، ولا على معرفة ما بيده من شفع ووتر، وكذا سائر أنواع اللعب كالمسابقة على الأقدام أو بالسفن أو الزوارق لأن هذه الأمور لا تنفع في الحرب هذا إذا عقد عليها بعوض، وإلا فمباح، وأما الرمي بالبندق على قوس فظاهر كلام الروضة، وأصلها أنه كذلك، لكن المنقول في الحاوي الجواز، قال الزركشي: وقضية كلامهم أنه لا خلاف فيه، وهو الأقرب.

وشروط المسابقة عشرة أشياء، اقتصر المصنف منها على ذكر اثنين:

أولهما: (إذا كانت المسافة) أي مسافة ما بين موقف الرامي والغرض الذي يرمي إليه (معلومة) ابتداء وغاية.

وثانيهما: المحلل الآتي في كلامه.

والثالث من باقي الشروط: أن يكون المعقود عليه عدة للقتال.

والرابع: تعيين القوسين مثلاً لأن الغرض معرفة سيرهما، وهي تقتضي التعيين، ويكفي وصفهما في الذمة. ويتعينان بالتعيين، فإن وقع هلاك انفسخ العقد، فإن وقع العقد على موصوف في الذمة لم يتعينا، كما بحثه الرافعي، فلا ينفسخ العقد بموت الفرس الموصوف كالأجير غير المعين.

والخامس: إمكان سبق كل واحد من الفرسين مثلاً. فإن كان أحدهما ضعيفاً يقطع بتخلفه أو فارهاً يقطع بتقدمه لم يجز.

والسادس: أن يركبا المركوبين ولا يرسلاهما، فلو شرطا إرسالهما لجريا بأنفسهما لم يصح، لأنهما لا يقصدان الغاية.

وَصِفَةُ الْمُنَاضَلَةِ مَعْلُومَةً

والسابع: أن يقطع المركوبان المسافة، فيعتبر كونهما بحيث يمكنهما قطعها بلا انقطاع وتعب. . .

والثامن: تعيين الراكبين: فلو شرط كل منهما أن يركب دابته من شاء لم يجز حتى يتعين الراكبان، ويكفي الوصف في الراكب كما بحثه الزركشي.

والتاسع: العلم بالمال المشروط جنساً وقدراً وصفة كسائر الأعواض عيناً كان أو ديناً، حالاً أو مؤجلاً، فلا يصح عقد بغير مال ككلب: ولا بمال مجهول كثوب غير موصوف.

والعاشر: اجتناب شرط مفسد، فلو قال: «إن سبقتني فلك هذا الدينار بشرط أن تطعمه أصحابك» فسد العقد، لأنه تمليك بشرط يمنع كمال التصرف، فصار كما لو باعه شيئاً بشرط ألا يبيعه.

تنبيه ـ سكت المصنف عن حكم عقد المسابقة، وهو لازم في حق ملتزم العوض ولو غير المتسابقين كالإجارة، فليس له فسخه، ولا ترك عمل قبل الشروع ولا بعده إن كان مسبوقاً أو سابقاً وأمكن أن يدركه الآخر ويسبقه، وإلا فله ترك حقه، ولا زيادة ولا نقص في العمل ولا في العوض.

وقوله: (وصفة المناضلة معلومة) معطوف على المسافة، أي وكانت صفة المناضلة معلومة فيشترط لها زيادة على ما مر (بيان البادىء منهما بالرمي، لاشتراط الترتيب بينهما فيه حذراً من اشتباه المصيب بالمخطىء ولو رميا معاً، وبيان قدر الغرض، وهو ـ بفتح الغين المعجمة ـ ما يرمي إليه من نحو خشب أو جلد أو قرطاس طولاً وعرضاً وسمكاً، وبيان ارتفاعه من الأرض، إن ذكر الغرض ولم يغلب عرف فيهما، فإن غلب فلا يشترط بيان شيء منهما بل يحمل المطلق عليه، ولا بيان مبادرة بأن يبدر أي يسبق أحدهما بإصابة العدد المشروط من عدد معلوم، كعشرين من كل منهما مع استوائهما في عدد الرمي، أو اليأس من استوائهما في الإصابة، ولا بيان محاطة بأن تزيد

وَيُخْرِجُ الْعِوَضَ أَحَدُ الْمُتَسَابِقَيْنِ، حَتَّى إِذَا سَبَقَ اسْتَرَدَّهُ وَإِنْ سُبِقَ أَخَذَهُ صَاحِبُهُ، وَإِنْ أَخْرَجَاهُ مَعاً لَمْ يَجُزْ إِلاَّ أَنْ يُدْخِلا بَيْنَهُمَا مُحَلِّلاً: فَإِنْ سَبَقَ أَخَذَ الْعِوَضَ وَإِنْ سُبِقَ لَمْ يَغْرَمْ.

على إصابة الآخر بكذا كواحد من عدد معلوم كعشرين من كل منهما، ويحمل المطلق[1] عن التقييد[2] بشيء من ذلك على المبادرة، وعلى أقل نوبة وهو سهم لغلبتهما، ولا يشترط بيان قوس وسهم، لأن العمدة على الرامي، فإن عين شيئاً منهما لغا وجاز إبداله بمثله من نوعه، وشرط منع إبداله مفسد للعقد، ويسن بيان صفة إصابة الغرض من قرع وهو مجرد إصابة الغرض، أو خرق بأن يثقبه ويسقط أو خسق بأن يثبت فيه، وإن سقط بعد ذلك، أو مرق بأن ينفذ منه. أو خرم بأن يصيب طرف الغرض فيخرمه، فإن أطلقا كفى القرع.

(ويخرج العوض) المشروط (أحد المتسابقين، حتى إذا سبق) بفتح أوله على البناء للفاعل (استرده) ممن هو معه (وإن سبق) بضم أوله على البناء للمفعول (أخذه صاحبه) السابق، ولا يشترط حينئذ (وإن أخرجاه معاً لم يجز إلا أن يدخلا) أي يشترط (بينهما، محللاً) بكسر اللام الأولى، فيجوز إن كانت دابته كفؤاً لدابتيهما، سمي محللاً، لأنه يحلل العقد ويخرجه عن صورة القمار المحرمة، فإن المحلل (إن سبق) المتسابقين (أخذ) ما أخرجاه من العوض لنفسه، سواء أجاءا معاً أم مرتباً لسبقه لهما. (وإن سبق) أي سبقاه وجاءا معاً (لم يغرم) لهما شيئاً، ولا شيء لأحدهما على الآخر، وإن جاء المحلل مع أحد المتسابقين وتأخر الآخر فمال هذا لنفسه، لأنه لم يسبق أحد، ومال المتأخر للمحلل وللذي معه لأنهما سبقاه، وإن جاء أحدهما ثم المحلل ثم الآخر فمال الآخر للأول لسبقه الاثنين.

تنبيه ـ الصور الممكنة في المحلل ثمانية: أن يسبقهما، ويجيئان معاً، أو مرتباً، أو

---

(١) صورته في الإطلاق أن يقول ترامينا على أن كلامنا يرمي عشرين ومن أصاب في خمسة فهو الناضل فهذا من قسيم المطلق لأن الخمسة المشروطة إصابتها لم تقيد بكونها قبل إصابة الآخر أو بعدها فإن قيدها بكونها قبل إصابة الآخر بأن قال ومن أصاب منا في خمسة قبل الآخر فهو الناضل فهي حقيقة المبادرة.

(٢) كذا في غالب النسخ وفي بعض النسخ على وهي بمعنى عن وقوله نوبة أي الرمي.

يسبقا ويجيئان معاً أو مرتباً أو يتوسط بينهما، أو يكون مع أولهما أو ثانيهما، أو يجيء الثلاثة معاً، ولا يخفى الحكم في الجميع، ولو تسابق جمع ـ ثلاثة فأكثر ـ وشرط للثاني مثل الأول أو دونه صح، ويجوز شرط العوض من غير المتسابقين وسواء أكان من الإمام أم من غيره، كأن يقول الإمام: من سبق منكما فله في بيت المال كذا، أو له عليّ كذا، ويكون ما يخرجه من بيت المال من سهم المصالح كما قاله البلقيني أو الأجنبي: من سبق منكما فله عليّ كذا، لأنه بذل مال في طاعة، ولا شك أن حكم إخراج أحد المتناضلين العوض، وإخراجهما معاً ـ حكم المسابقة ـ فيما سبق من غير فرق. وصورة إخراج أحدهما أن يقول أحدهما، نرمي كذا فإن أصبت أنت منها كذا فلك عليّ كذا، وإن أصبتها أنا فلا شيء لأحدنا على صاحبه وصورة إخراجهما معاً أن يشترط كل واحد على صاحبه عوضاً إن أصاب، ولا يجوز هذا إلا بمحلل بينهما كما سبق.

خاتمة ـ لو تراهن رجلان على اختبار قوتهما بصعود جبل أو إقلال صخرة أو أكل كذا فهو من أكل أموال الناس بالباطل. وكله حرام. ذكره ابن كجّ وأقره في الروضة، قال الدميري: ومن هذا النمط ما يفعله العوام من الرهان على حمل كذا من موضع كذا إلى مكان كذا. أو إجراء الساعي من طلوع الشمس إلى الغروب، وكل ذلك ضلالة وجهالة، ومع ما اشتمل عليه من ترك الصلوات وفعل المنكرات انتهى. وهذا أمر ظاهر.

ويندب أن يكون عند الغرض شاهدان يشهدان على ما وقع من إصابة أو خطأ، وليس لهما أن يمدحا المصيب ولا أن يذما المخطىء، لأن ذلك يخل بالنشاط، ويمنع أحدهما من أذية صاحبه بالتبجح والفخر عليه، ولكل منهما حث الفرس في السباق بالسوط، أو تحريك اللجام، ولا يجلب عليه بالصياح ليزيد عدوه لخبر: «لَا جَلَبَ وَلَا جَنَبَ»[1] قال الرافعي: وذكر في معنى الجنب أنهم كانوا يجنبون الفرس حتى إذا قاربوا الأمد تحولوا عن المركوب الذي كده بالركوب إلى الجنيبة فنهوا عن ذلك.

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢/٢١٦ وأبو داود ٢/ ٢٥٠ (١٥٩١) والترمذي (١١٢٣) والنسائي ٦/ ١١١ والطبراني في الكبير ١٨/ ١٤٨ والدارقطني ٤/ ٣٠٣ والبيهقي في السنن ٤/ ١١٠.

كِتَـــابُ الأَيْمَـانِ وَالنُّــذُورِ

الأيمان ـ بفتح الهمزة ـ جمع يمين وأصلها في[1] اللغة: اليد اليمنى وأطلقت على الحلف، لأنهم كانوا إذا تحالفوا يأخذ كل واحد منهم بيد صاحبه.

وفي الاصطلاح تحقيق أمر غير ثابت: ماضياً كان أو مستقبلاً، نفياً وإثباتاً، ممكناً، كحلفه ليدخلن الدار، أو ممتنعاً كحلفه ليقتلن الميت، صادقة كانت أو كاذبة مع العلم بالحال أو الجهل به.

وخرج بتحقيق لغو اليمين، فليست يميناً، وبغير ثابت الثابت، كقوله: والله لأموتن، لتحققه في نفسه فلا معنى لتحقيقه، لأنه لا يتصور فيه الحنث، وفارق انعقادها بما لا يتصور فيه البر كلحفه ليقتلن الميت[2]، فإن امتناع الحنث لا يخل بتعظيم الله تعالى، وامتناع البر يخل به، فيحوج إلى التكفير، وتكون اليمين أيضاً للتأكيد.

والأصل في الباب قبل الإجماع (آيات، كقوله تعالى): ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] الآية. وأخبار كقوله ﷺ: «وَاللَّهِ لَأَغْزُوَنَّ قُرَيْشاً» ـ ثلاث مرات[3]، ثم قال في الثالثة: «إِنْ شَاءَ اللَّهُ» رواه أبو داود.

---

(١) قدمهما على القضاء لأن القاضي قد يحتاج إلى اليمين من الخصوم وجمع النذور معها لأن كلاً منهما عقد يعقده المرء على نفسه ولأن بعض أقسام النذر فيه كفارة يمين وهو نذر اللجاج. ولا يقال كان المناسب ذكر الأيمان عقب القضاء لأنها لا توجد إلا بعد حصول الدعوى. لأنا نقول ذكرها هنا لتكون معلومة الثبوت فيصح الحكم بها على من هي واجبة عليه.

(٢) الحاصل أن المحلوف عليه منحصر في شيئين المحتمل كواللّه لأضربنّ زيداً والمستحيل كواللّه لأقتلنّ الميت أما الواجب فلا يكون محلوفاً عليه كواللّه لأموتنّ لأنه لا يتصوّر فيه إلا البر وهو لا يخل بتعظيم الله تعالى بخلاف المستحيل فإنه لا يتصوّر فيه إلا الحنث وهو يخل بتعظيم الله تعالى فإن أحيا الله الميت وقتله أو صعد السماء سقطت الكفارة فيستردها إن كان دفعها.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٢٨٥) والطحاوي في المشكل ٢/ ٣٧٨ والبيهقي في السنن مرسلاً ١٠/ ٤٨ وأبو يعلى ١/ ١٣٥ وابن حبان كذا في الموارد (١١٨٦) والطبراني في الكبير (١١٧٤٢).

وَلاَ يَنْعَقِدُ الْيَمِينُ إِلاَّ بِاللَّهِ تَعَالَى أَوْ بِٱسْمٍ مِنْ أَسْمَائِهِ تَعَالَى

وضابط الحالف[1]: مكلف، مختار، قاصد، فلا تنعقد يمين الصبي والمجنون ولا المكره ولا يمين اللغو.

ثم شرع المصنف فيما تنعقد اليمين به فقال: (ولا تنعقد اليمين إلا بذات الله تعالى) أي بما يفهم منه ذات الباري سبحانه وتعالى المراد بها الحقيقة من غير احتمال غيره (أو باسم من أسمائه تعالى) المختصة به، ولو مشتقاً، أو من غير أسمائه الحسنى، سواء كان اسماً مفرداً كقوله: «واللّه» أو مضافاً كقوله: «ورب العالمين» «ومالك يوم الدين» أو لم يكن كقوله: «والذي أعبده» أو «أسجد له» أو «نفسي بيده» أي بقدرته يصرفها كيف يشاء، أو «الحي الذي لا يموت» إلا أن يريد به غير اليمين فليس بيمين، فيقبل منه ذلك كما في الروضة كأصلها، ولا يقبل منه ذلك في الطلاق والإيلاء ظاهراً، لتعلق حق غيره به، أما إذا أراد بذلك غير الله تعالى[2] فلا يقبل منه إرادته لا ظاهراً ولا باطناً، لأن اليمين بذلك لا تحتمل غيره تعالى، فقول

---

(١) سكت عن اشتراط النطق فقيل يشترط والمعتمد عدم اشتراطه فينعقد اليمين بإشارة الأخرس بأن حلف بالإشارة أنه لا يدخل الدار أو لا يلبس الثوب مثلاً بدليل قولهم إشارة الأخرس معتدّ بها في جميع الأبواب إلا ثلاثة لا يعتد بإشارته فيها وليس الحلف على ما ذكر منها نعم إن حلف بالإشارة على عدم الكلام فتكلم بالإشارة لا يحنث وإن كانت يمينه منعقدة سواء حلف وهو ناطق ثم خرس أو حلف بعد الخرس.

فائدة: التورية في الأيمان نافعة والعبرة فيها بنية الحالف إلا إذا استحلف القاضي بغير الطلاق والعتاق لما سيأتي في الدعاوى وهي وإن كان لا يحنث بها لا يجوز فعلها حيث يبطل بها حق المستحق بالإجماع فمن التورية أن ينوي باللباس الليل وبالفراش والبساط الأرض وبالأوتاد الجبال وبالسقف والبناء السماء وبالأخوّة أخوة الإسلام.

(٢) تفصيل آخر غير الذي قبله. وحاصل ذلك أن الاسم إما مختص أو غالب أو مستو وعلى كل إما أن يريد به الله أو غيره أو يطلق فتضرب ثلاثة في مثلها تبلغ تسعة ثم تضرب أحوال قصد اليمين أو عدمه أو الإطلاق في التسعة تبلغ سبعة وعشرين في الاسم المختص تسعة وفي الغالب كذلك وفي المساوي كذلك وأحكامها أنه في القسم الأول تنعقد اليمين في ستة دون ثلاثة لأنه إن أراد اليمين أو أطلق انعقدت سواء أراد بالاسم الله أو غيره أو أطلق وإن أراد غير اليمين لم تنعقد سواء أراد بالاسم الله أو غيره أو أطلق.

أَوْ صِفَةٍ مِنْ صِفَاتِ ذَاتِهِ.

المنهاج: «ولا يقبل قوله: لم أرد به اليمين» مؤول بذلك، أو اسم من أسمائه الغالب إطلاقها عليه سبحانه وتعالى وعلى غيره كقوله: «والرحيم، والخالق، والرازق، والرب» انعقدت يمينه ما لم يرد بها غيره تعالى، بأن أراده تعالى. أو أطلق بخلاف ما إذا أراد بها غيره، لأنها تستعمل في غيره تعالى مفيداً كرحيم القلب وخالق الافك، ورازق الجيش، ورب الإبل، وأما الذي يطلق عليه تعالى وعلى غيره سواء، كالموجود والعالم والحي، فإن أراده تعالى به انعقدت يمينه، بخلاف ما إذا أراد بها غيره أو أطلق، لأنها لما أطلقت عليهما سواء أشبهت الكنايات، (أو صفة من صفات ذاته)[1] كوعظمته[2] وعزته وكبريائه وكلامه ومشيئته وعلمه وقدرته وحقه، إلا أن يريد بالحق

---

(١) بخلاف الفعلية كخلقه ورزقه فإنها ليست بيمين وظاهره لا صريح ولا كناية س ل وأخرج السلبية ككونه ليس بجسم ولا جوهر ولا عرض لكن بحث الزركشي الانعقاد بهذه لأنها قديمة متعلقة به تعالى.

تنبيه: هذا الذي تقدم في صفات الذات الثبوتية القائمة به في الأزل أما صفاته السلبية وهي القائمة به كعدم جسميته وعرضيته وصفاته الفعلية كرزقه وخلقه ورحمته وهي الثابتة له فيما لا يزال فتردد شيخنا في الأولى وقال القاضي تنعقد اليمين بها وجرى عليه العبادي وجزم بعدم انعقاد اليمين بالثانية تبعاً للإمام الرافعي والجمهور خلافاً للخفاف فراجعه. والفرق بين صفتي الذات والفعل أن الأولى ما استحقه في الأزل والثانية ما استحقه فيما يزال دون الأزل يقال علم في الأزل ولا يقال رزق في الأزل إلا توسعاً.

فـرع: لو قال إن فعلت كذا فأيمان البيعة لازمة لي أو فأيمان المسلمين لازمة لي فإن أراد اليمين بالله أو أطلق لم تنعقد وإن أراد بيعة الحجاج انعقدت لأن البيعة كانت في عهد رسول الله ﷺ بالمصافحة فلما تولى الحجاج رتبها أيماناً تشتمل على ذكر اسم الله تعالى وعلى الطلاق والحج والإعتاق وصدقة المال وانظر ماذا يلزمه منها ولو شرّك في يمينه بين ما ينعقد به وما لا ينعقد به كوالله والكعبة فقال العبادي: المتجه عندي الانعقاد سواء قصد الحلف بكل منهما أو أطلق أو بالمجموع فراجعه. ونص سم على حج: شرّك في حلفه بين ما يصح الحلف به وغيره كوالله والكعبة فالوجه انعقاد اليمين وهو واضح إن قصد الحلف بكل أو أطلق فإن قصد الحلف بالمجموع ففيه تأمل والوجه الانعقاد لأن جزء هذا المجموع يصح الحلف به والمجموع الذي جزؤه كذلك يصح الحلف به وإن حلف رجل بالله تعالى فقال آخر يميني في يمينك أو يلزمني مثل ما يلزمك لم يلزمه شيء وإن كان ذلك في الطلاق ونوى لزمه ما لزم الحالف.

(٢) ما جزم به من أن عظمة الله تعالى صفة هو المعروف.

. . . .

العبادات وباللذين قبله المعلوم والمقدور، وبالبقية ظهور آثارها، فليست لاحتمال اللفظ. وقوله «وكتاب[1] اللَّه» يمين وكذا «والقرآن» «والمصحف» إلا إن أريد بالقرآن الخطبة والصلاة وبالمصحف الورق والجلد.

وحروف القسم المشهورة، باء موحدة. وواو. وتاء فوقية، كباللَّه وواللَّه وتاللَّه لأفعلن كذا.

ويختص لفظ الله تعالى بالتاء الفوقية، والمظهر مطلقاً بالواو، وسمع شاذاً ترب الكعبة. وتالرحمن، وتدخل الموحدة عليه وعلى المضمر، فهي الأصل، وتليها الواو، ثم التاء، ولو قال: «اللَّه» مثلاً بتثليث الهاء أو تسكينها «لأفعلنّ كذا» فكناية، كقوله: أشهد باللَّه أو لعمر اللَّه، أو على عهد الله وميثاقه وذمته وأمانته وكفالته لأفعلنّ كذا إن نوى بها اليمين فيمين، وإلا فلا، واللحن وإن قيل في الرفع: لا يمنع الانعقاد على أنه لا لحن في ذلك. فالرفع بالابتداء: أي اللَّه أحلف به لأفعلنّ، والنصب بنزع الخافض، والجر بحذفه وإبقاء عمله، والتسكين بإجراء الوصل مجرى الوقف، وقوله: «أقسمت» أو «أقسم» أو «حلفت» أو «أحلف باللَّه لأفعلنّ كذا» يمين، إلا إن نوى خبراً ماضياً في صيغة الماضي أو مستقبلاً في المضارع فلا يكون يميناً لاحتمال ما نواه، وقوله لغيره: «أقسم عليك باللَّه» أو «أسألك باللَّه[2] لتفعلنّ كذا» يمين إن أراد به يمين[3] نفسه، بخلاف ما إذا لم يردها، ويحمل على الشفاعة.

وعلم من حصر الانعقاد فيما ذكر عدم انعقاد اليمين بمخلوق[4] كالنبيّ،

---

(١) بأن قصد الصفة القديمة أو أطلق بخلاف ما إذا قصد الألفاظ.

(٢) مفهومه أنه لو قال والله تفعل كذا أو لا تفعل كذا وأطلق كان يميناً وهو ظاهر لأن هذه الصيغة لا تستعمل لطلب الشفاعة بخلاف أسألك باللَّه.

(٣) أي فقط بأن أراد تحقيق هذا الأمر المحتمل فإذا حلف شخص على آخر أنه يأكل فالأكل أمر محتمل فإذا أراد تحقيقه وأنه لا بد من الأكل كان يميناً وإن أراد أتشفع عندك باللَّه أنك تأكل أو أراد يمين المخاطب كأن قصد جعله حالفاً باللَّه فلا يكون يميناً لأنه لم يحلف هو ولا المخاطب.

(٤) أي فلا كفارة بالحنث فيه خلافاً لأحمد في الحلف بالنبيّ ﷺ خاصة لأنه قال تنعقد لأنه أحد ركني الشهادة. =

وَمَنْ حَلَفَ بِصَدَقَةِ مَالِهِ فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الصَّدَقَةِ

وجبريل، والكعبة، ونحو ذلك ولو مع قصده، بل يكره الحلف به إلا أن يسبق إليه لسانه ولو قال: «إن فعلت كذا فأنا يهودي» أو «بريء من الإسلام» أو «من الله» أو «من رسوله» فليس بيمين، ولا يكفر به إن أراد تبعيد نفسه عن الفعل أو أطلق، كما اقتضاه كلام الأذكار، وليقل[1]: لا إله إلا اللّه محمد رسول اللّه، ويستغفر اللّه تعالى، وإن قصد الرضا بذلك إذا فعله فهو كافر في الحَال.

تنبيه ـ تصح اليمين على ماضٍ وغيره وتكره[2]. إلا في طاعة وفي دعوى مع صدق عند حاكم، وفي حاجة كتوكيد كلام. فإن حلف على ارتكاب معصية عصى بحلفه ولزمه حنث وكفارة، أو على ترك أو فعل مباح من ترك حنثه، أو على ترك مندوب أو فعل مكروه سن حنثه، وعليه بالحنث كفارة، أو على فعل مندوب أو ترك مكروه كره حنثه، وله تقديم كفارة بلا صوم على أحد سببيها كمنذور مالي.

(ومن حلف بصدقة ماله)[3] كقوله: «للّه عليّ أن أتصدق بمالي إن فعلت كذا» أو «أعتق عبدي» ويسمى نذر اللجاج والغضب[4]، ومن صوره (بين) فعل (الصدقة)

= تنبيه: ما يفعله بعض العوام من طلب الخصم ليحلف عند قبر وليّ لا أصل له ولا يعد بامتناعه ناكلاً بل الظاهر حرمه. وقال في فتح الباري: وأما ما ورد في القرآن من القسم بغير الله فعنه جوابان: أحدهما أن فيه حذفاً والتقدير ورب الشمس ونحوه، والثاني أن ذلك يختص بالله فإذا أراد تعظيم شيء من مخلوقاته أقسم به وليس لغيره ذلك.

(١) أي ندباً كما صرح به النووي في نكته وأوجب صاحب الاستقصاء ذلك.

(٢) أي اليمين أي في الحرام والمكروه صادقاً كان أو كاذباً ماضياً كان أو مستقبلاً فعلاً أو تركاً وعلى هذا فقولهم اليمين الغموس كبيرة هو من حيث اقتطاع المال بها لا من حيث ذاتها فراجع ذلك وإنما كرهت اليمين لأنه ربما يعجز عن الوفاء بها ولكثرة تولع الشيطان به الموقع له في الندم.

(٣) المراد به النذر الذي له حكم الحلف وهو نذر اللجاج كما يدل عليه كلام الشارح فكان المناسب أن يذكر هذا في فصل النذر.

(٤) ضابطه أن يعلق القربة بحثّ أو منع أو تحقيق خبر كقوله في الحث إن لم أفعل كذا فعليّ رقبة وفي المنع إن فعلته فعليّ ذلك وفي تحقيق الخبر إن لم يكن الأمر كما قلته فعلي عتق بخلاف نذر التبرر فإنه التزام قربة بلا تعليق أو معلقة على تجديد نعمة أو اندفاع نقمة كقوله: إن شفى الله =

وَكَفَّارَةِ الْيَمِينِ، وَلاَ شَيْءَ فِي لَغْوِ الْيَمِين، وَمَنْ حَلَفَ أَنْ لاَّ يَفْعَلَ شَيْئاً فَفَعَلَ غَيْرَهُ، لَمْ يَحْنَثْ،

التي التزمها أو العتق الذي التزمه (و) بين فعل (الكفارة) على اليمين الآتي بيانه. لخبر مسلم: «كَفَّارَةُ النَّذْرِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ» وهي لا تكفي في نذر التبرر بالإنفاق. فتعين حمله على نذر اللجاج، ولو قال: «إن فعلت كذا فعليّ كفارة يمين أو كفارة نذر» لزمته الكفارة عند وجود الصفة تغليباً لحكم اليمين في الأولى، ولخبر مسلم السابق في الثانية ولو قال: «فعلى يمين» فلغو أو «فعل نذر» صح ويتخير بين قربة وكفارة يمين.

(ولا شيء في لغو اليمين) لقوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِما عَقَّدْتُمُ الأَيْمَانَ﴾ [المائدة: ٨٩] أي قصدتم، بدليل الآية الأخرى: ﴿وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥].

ولغو اليمين هو ـ كما قالت عائشة رضي الله عنها ـ قول الرجل: لا واللَّه، بلى واللَّه رواه البخاري، كان قال ذلك في حال غضب أو لجاج أو صلة كلام.

قال ابن الصلاح: والمراد بتفسير لغو اليمين بلا واللَّه على البدل لا على الجمع. أما لو قال: لا واللَّه وبلى واللَّه في وقت واحد، قال الماوردي: كانت الأولى لغواً. والثانية منعقدة[١]، لأنها استدراك. فصارت مقصودة.

ولو حلف على شيء فسبق لسانه إلى غيره كان من لغو اليمين. وجعل صاحب الكافي من لغو اليمين إذا دخل على صاحبه فأراد أن يقوم له فقال: واللَّه لا تقوم لي، وهو مما تعم به البلوى.

(ومن حلف أن لا يفعل شيئاً) معيناً كأن لا يبيع أو لا يشتري (ففعل) شيئاً (غيره لم يحنث) لأنه لم يفعل المحلوف عليه. أما إذا فعل المحلوف عليه بأن باع، واشترى بنفسه بولاية أو وكالة[٢]، فإن كان عالماً مختاراً حنث، أو ناسياً أو جاهلاً أو مكرهاً لم

= مريضي فعليّ عتق رقبة أو للَّه عليّ عتق رقبة فالمعلق عليه في نذر التبرر محبوب والمعلق عليه في نذر اللجاج مبغوض.

(١) المعتمد عدم الانعقاد مطلقاً.

(٢) المراد أنه باع مال موليه أو موكله أو اشترى به (قوله لم يحنث) وحكم اليمين باق حتى لو أتى به =

وَمَنْ حَلَفَ أَلَّا يَفْعَلَ شَيْئاً فَأَمَرَ غَيْرَهُ فَفَعَلَهُ لَمْ يَحْنَثْ،

يحنث، ومن صور الفعل جاهلاً أن يدخل داراً لا يعرف أنها المحلوف عليها، أو حلف لا يسلم على زيد فسلم عليه في ظلمة ولا يعرف أنه زيد، قال في الروضة.

تنبيه ـ مطلق الحلف على العقود ينزل على الصحيح منها، فلا يحنث بالفاسد قال ابن الرفعة: ولم يخالف الشافعي هذه القاعدة[1] إلا في مسألة واحدة. وهي ما إذا أذن لعبده في النكاح فنكح فاسداً فإنه أوجب فيها المهر كما يجب في النكاح الصحيح، وكذا العبادات لا يستثنى منها إلا الحج الفاسد فإنه يحنث به، ولو أضاف العقد إلى ما لا يقبله كأن لا يبيع الخمر أو المستولدة ثم أتى بصورة البيع فإن قصد التلفظ بلفظ العقد مضافاً إلى ما ذكره حنث وإن أطلق فلا.

(ومن حلف ألا يفعل شيئاً) كأن حلف أنه لا يزوج موليته، أو لا يطلق امرأته أو لا يعتق عبده، أو لا يضرب غلامه (فأمر غيره) بفعله (ففعله) وكيله ولو مع حضوره (لم يحنث) لأنه حلف على فعله ولم يفعل، إلا أن يريد الحالف استعمال اللفظ في حقيقته ومجازه. وهو أن لا يفعله هو ولا غيره، فيحنث بفعل وكيله فيما ذكر عملاً بإرادته، ولو حلف لا يبيع ولا يوكل، وكان وكل قبل ذلك ببيع ماله، فباع الوكيل

= بعد ذلك عامداً حنث وإن قال لا أفارق غريمي أي حتى يوفيني فهرب منه أي قبل الوفاء لم يحنث لأنه لم يفارقه وسواء أمكنه اتباعه أو إمساكه فلم يفعل أم لا في الأصح وكذا لو فارقه بإذنه على الأصح خلافاً لابن كج وعليه يدل كلام الشيخ والماوردي حيث قيد المسألة بالهرب. وقد يجاب بأن الشافعي رحمه الله إنما صوّرها بالفرار بناء على الغالب والمراد بالمفارقة هنا ما يقطع خيار المجلس اهـ شرح التنبيه لابن الملقن.

فرع: حلف بالله لا يأكل كذا فابتلعه حنث سواء مضغه أم لا وهذا بخلاف الطلاق فإنه لا يقع بالبلع من غير مضغ والفرق أن الأيمان مبنية على العرف والعرف يعد البالع آكلاً ولهذا يقال فلان يأكل الحشيشة والبرش مع أنه يبلعهما ابتداء والطلاق مبني على اتباع اللفظ اهـ زي ولو حلف لا يسافر بحراً شمل ذلك النهر العظيم كما أفتى به الوالد فقد صرح الجوهري في صحاحه بأنه يسمى بحراً فإن حلفَ ليسافرنّ برّ بقصير السفر والأقرب الاكتفاء بوصوله محلاً يترخص منه المسافر وإنما قيدوا ذلك بما ينتقل فيه المسافر على الدابة بأن ذلك رخصة تجوّزها الحاجة ولا حاجة فيما دون ذلك.

(١) هي أن مطلق العقود ينزل على الصحيح.

وَمَنْ حَلَفَ عَلَى فِعْلِ أَمْرَيْنِ فَفَعَلَ أَحَدَهُما لَمْ يَحْنَثْ.

بعد يمينه بالوكالة السابقة ففي فتاوى القاضي حسين أنه لا يحنث، لأنه بعد اليمين لم يباشر ولم يوكل. وقياسه أنه لو حلف على زوجته أن لا تخرج إلا بإذنه وكان أذن لها قبل ذلك في الخروج إلى موضع معين فخرجت إليه بعد اليمين لم يحنث. قال البلقيني: وهو الظاهر. ولو حلف لا يعتق عبده فكاتبه وعتق بالأداء لم يحنث كما نقله الشيخان عن ابن القطان وأقراه، وإن صوب في المهمات الحنث، ولو حلف لا ينكح حنث بعقد وكيله له. لا بقبول الحالف النكاح لغيره، لأن الوكيل في النكاح سفير محض. ولهذا يجب تسمية الموكل، وهذا جزم به في المنهاج تبعاً لأصله وهو المعتمد. وصحح في التنبيه عدم الحنث وأقره النووي عليه في تصحيحه وصححه البلقيني في تصحيح المنهاج ناقلاً له عن الأكثرين وقال: إن ما في المنهاج من الحنث مخالف لمقتضى نصوص الشافعي رضي الله تعالى عنه. ومخالف لقاعدته وللدليل. ولما عليه الأكثرون من الأصحاب وأطال في ذلك. ويجري هذا الخلاف في التوكيل في الرجعة، فيما إذا حلف أنه لا يراجعها فوكل من يراجعها.

فـروع ـ لو حلفت المرأة ألا تتزوج فعقد عليها وليها نظر: إن كانت مجبرة، فعلى قولي المكره، وإن كانت غير مجبرة وأذنت في التزويج فزوجها الولي فهو كما لو أذن الزوج لمن يزوجه، ولو حلف الأمير أن لا يضرب زيداً فأمر الجلاد بضربه فضربه لم يحنث. أو حلف لا يبني بيته فأمر البناء ببنائه فبناه فكذلك، أو لا يحلق رأسه فأمر حلاقاً فحلقه لم يحنث، كما جرى عليه ابن المقري، لعدم فعله، وقيل: يحنث للعرف، وجزم به الرافعي في باب محرمات الإحرام من شرحيه، وصححه الإسنوي أو لا يبيع مال زيد فباعه بيعاً صحيحاً بأن باعه بإذنه، أو لظفر، أو إذن حاكم لحجر، أو امتناع أو إذن ولي، لصغر أو لحجر أو جنون حنث، لصدق اسم البيع بما ذكر ولو حلف لا يبيع لي زيد مالاً فباعه زيد حنث الحالف سواء علم زيد أنه مال الحالف أم لا، لأن اليمين منعقدة على نفي فعل زيد وقد فعل باختياره، والجهل أو النسيان إنما يعتبر في المباشر للفعل لا في غيره.

ووقت الغذاء من طلوع الفجر إلى الزوال، ووقت العشاء من الزوال إلى نصف

وَكَفَّارَةُ الْيَمِينِ هُوَ مُخَيَّرٌ فِيهَا بَيْنَ ثَلاثَةِ أَشْيَاءَ: عِتْقِ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ، أَوْ إِطْعَامِ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ كُلُّ مِسْكِينٍ مُدٌّ، أَوْ كِسْوَتِهِمْ ثَوْباً ثَوْباً،

الليل، وقدرهما أن يأكل فوق نصف الشبع، ووقت السحور. بعد نصف الليل إلى طلوع الفجر.

ولو حلف ليثنين على الله أحسن الثناء أو أعظمه أو أجله فليقل: لا أحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك، أو ليحمدنّ الله تعالى بمجامع الحمد أو بأجمل التحاميد فليقل: الحمد للّه حمداً يوافي نعمه ويكافىء مزيده، وها هنا فروع كثيرة ذكرتها في شرح المنهاج وغيره لا يحتملها هذا المختصر، وفيما ذكرته كفاية لأولي الألباب.

ثم شرع في صفة كفارة اليمين، واختصت من بين الكفارات بكونها مخيرة في الابتداء مرتبة في الانتهاء والصحيح في سبب وجوبها عند الجمهور الحنث واليمين معاً، فقال: وكفارة اليمين هو ـ أي المكفر الحر الرشيد ولو كافراً ـ (مخير فيها) ابتداء (بين) فعل واحد من (ثلاثة أشياء) وهي (عتق رقبة مؤمنة) بلا عيب يخل أو كسب (أو إطعام) أي تمليك (عشرة مساكين كل مسكين مد) من جنس الفطرة، على ما مر بيانه فيها (أو كسوتهم) بما يسمى كسوة مما يعتاد لبسه ولو ثوباً أو عمامة أو إزاراً أو طيلساناً أو منديلاً، قال في الروضة: والمراد به المعروف الذي يحمل في اليد، أو مقنعة، أو درعاً من صوف أو غيره، وهو قميص لا كم له، أو ملبوساً لم تذهب قوته، أو لم يصلح للمدفوع له كقميص صغير لكبير لا يصلح له، ويجوز قطن وكتان وحرير وشعر وصوف منسوج كل منها لامرأة ورجل لوقوع اسم الكسوة على ذلك، ولا يجزىء الجديد مهلهل النسيج إذا كان لبسه لا يدوم إلا بقدر ما يدوم لبس الثوب البالي (لضعف النفع به). ولا خف ولا قفازان ولا مكعب ولا منطقة ولا قلنسوة ـ وهي ما يغطى به الرأس ـ ونحو ذلك بما لا يسمى كسوة كدرع من حديد، ويجزىء فروة ولبد اعتيد في البلد لبسهما، ولا يجزىء التبان ـ وهو سروال قصير لا يبلغ الركبة ـ ولا الخاتم، ولا التكة، والعرقية. ووقع في شرح المنهاج أنها تكفي، ورد أن القلنسوة لا تكفي كما مر، وهي شاملة لها ويمكن حملها على التي تجعل تحت البردعة وإن كان بعيداً أولى من مخالفته للأصحاب، ولا يجزىء نجس العين ويجزىء المتنجس، وعليه

فَإِنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ.

أن يعلمهم بنجاسته، ويجزىء ما غسل ما لم يخرج عن الصلاحية، كالطعام العتيق، لانطلاق اسم الكسوة عليه وكونه يرد في البيع لا يؤثر في مقصودها، كالعيب الذي لا يضر بالعمل في الرقيق ويندب أن يكون الثوب جديداً خاماً كان أو مقصوراً لآية: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ [آل عمران: ٩٢] ولو أعطى عشرة ثوباً طويلاً لم يجزه بخلاف ما لو قطعه قطعاً قطعاً ثم دفعه إليهم، وقال الماوردي: وهو محمول على قطعة تسمى كسوة.

وخرج بقول المصنف: «عشرة مساكين» ما إذا أطعم خمسة وكسا خمسة فإنه لا يجزىء إعتاق نصف رقبة وإطعام خمسة.

(فإن لم) يكن المكفر رشيداً أو لم (يجد) شيئاً من الثلاثة، لعجزه عن كل منها بغير غيبة ماله: برق أو غيره (فصيام ثلاثة أيام) لقوله تعالى: ﴿لاَ يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] الآية. والرقيق لا يملك أو يملك ملكاً ضعيفاً، فلو كفر عنه سيده بغير صوم لم يجزىء، ويجزىء بعد موته بالإطعام والكسوة، لأنه لا رق بعد الموت، وله في المكاتب أن يكفر عنه بهما بإذنه، وللمكاتب أن يكفر بهما بإذن سيده، أما العاجز بغيبة ماله فكغير العاجز، لأنه واحد فينتظر حضور ماله، بخلاف فاقد الماء مع غيبة ماله فإنه يتيمم لضيق وقت الصلاة، وبخلاف المتمتع المعسر بمكة الموسر ببلده فإنه يصوم، لأن مكان الدم بمكة، فاعتبر يساره وعدمه بها، ومكان الكفارة مطلق فاعتبر مطلقاً فإن كان له هناك رقيق غائب يعلم حياته فله إعتاقه في الحال.

تنبيه ـ المراد بالعجز أن لا يقدر على المال الذي يصرفه في الكفارة كمن يجد كفايته وكفاية من تلزمه مؤنته فقط ولا يجد ما يفضل عن ذلك قال الشيخان: ومن له أن يأخذ سهم الفقراء والمساكين من الزكاة والكفارات له أن يكفر بالصوم، لأنه فقير في الأخذ فكذا في الإعطاء، وقد يملك نصاباً ولا يفي دخله لحوائجه فتلزمه الزكاة وله أخذها، والفرق بين البابين أنا لو أسقطنا الزكاة خلا النصاب عنها بلا بدل، والتكفير له بدل وهو الصوم.

فَصْــلٌ

ولا يجب تتابع في الصوم، لإطلاق الآية.

فإن قيل: قرأ ابن مسعود «ثلاثة أيام متتابعات» والقراءة الشاذة كخبر الواحد في وجوب العمل، كما أوجبنا قطع يد السارق اليمنى بالقراءة الشاذة في قوله تعالى: ﴿**والسارقة فاقطعوا أيمانها**﴾.

أجيب بأن آية اليمين نسخت «متتابعات» تلاوة وحكماً. فلا يستدل بها بخلاف آية السرقة فإنها نسخت تلاوة، لا حكماً.

تتمة ـ إن كان العاجز أمة تحل لسيدها لم تصم إلا بإذنه، كغيرها من أمة لا تحل له، وعبد، والصوم يضر غيرها في الخدمة، وقد حنث بلا إذن من السيد فإنه لا يصوم إلا بإذنه، وإن أذن له في الحلف لحق الخدمة فإن أذن له في الحنث صام بلا إذن، وإن لم يأذن له في الحلف. فالعبرة في الصوم بلا إذن فيما إذا أذن في أحدهما بالحنث، وإن وقع في المنهاج ترجيح اعتبار الحلف، والأول هو الأصح في الروضة كالشرحين فإن لم يضره الصوم في الخدمة لم يحتج إلى إذن فيه، ومن بعضه حر وله مال يكفر بطعام أو كسوة ولا يكفر بالصوم ليساره، لا عتق، لأنه يستعقب الولاء المتضمن للولاية والإرث، وليس هو من أهلها، واستثنى البلقيني من ذلك ما لو قال لـ مالك بعضه: إذا أعتقت عن كفارتك فنصيبي منك حر قبل إعتاقك عن الكفارة أو معه، فيصح إعتاقه عن كفارة نفسه في الأولى قطعاً وفي الثانية على الأصح.

فَصْــلٌ فِي أَحْكَامِ[1] النُّذُورِ

جمع نذر، وهو ـ بذال معجمة ساكنة وحكي فتحها ـ لغة: الوعد بخير أو شر، وشرعاً: الوعد بخير خاصة، قاله الروياني والماوردي وقال غيرهما: التزام قربة لم تتعين كما يعلم مما يأتي.

وذكره المصنف عقب الأيمان، لأن كلاً منهما عقد يعقده على نفسه تأكيداً لما التزمه.

---

(١) سقط في ط.

والنَّذْرُ يَلْزَمُ فِي الْمُجَازَاةِ عَلَى مُبَاحِ

والأصل فيه آيات، كقوله تعالى: ﴿وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ﴾ [الحج: ٢٩] وأخبار كخبر البخاري: «مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ اللَّهَ فَلْيُطِعْهُ ، وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَعْصِيَ اللَّهَ فَلَا يَعْصِهِ»(١) وفي كونه قربة أو مكروهاً خلاف(٢)، والذي رجحه ابن الرفعة أنه قربة في نذر التبرر، دون غيره، وهذا أولى ما قيل فيه.

وأركانه ثلاثة: صيغة، ومنذور، وناذر.

(و) شرط في الناذر: إسلام، واختيار، ونفوذ تصرف فيما ينذره فلا يصح (النذر) من كافر، لعدم أهليته للقربة، ولا من مكره، لخبر: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ» ولا ممن لا ينفذ تصرفه فيما ينذره، كمحجور سفه أو فلس في القرب المالية المعينة، وصبي ومجنون.

وشرط في الصيغة: لفظ يشعر بالتزام، وفي معناه ما مر، الضمان: كللّه عليَّ كذا، أو عليّ كذا، كسائر العقود.

و(يلزم) ذلك بالنذر. بناء على أنه يسلك به مسلك واجب الشرع وهو ما صححه الشيخان هنا، ووقع لهما فيه اختلاف ترجيح، وبين المصنف متعلق اللزوم بقوله: (في المجازاة) أي المكافأة (على) نذر فعل (مباح) لم يرد فيه ترغيب، كأكل وشرب وقعود وقيام أو ترك ذلك، وهذا من المصنف لعله سهو أو سبق قلم، إذ النذر على فعل مباح أو تركه ـ لا ينعقد باتفاق الأصحاب فضلاً عن لزومه، ولكن هل يكون يميناً تلزمه فيه الكفارة عند المخالفة أو لا؟ اختلف فيه ترجيح الشيخين فالذي رجحاه في الروضة والشرحين وصوبه في المجموع أنه لا كفارة فيه، وهو المعتمد، لعدم انعقاده.

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ ٢/٤٧٦ والبخاري من طريق مالك ١١/٥٨١ (٦٦٩٦).

(٢) قال الرافعي قربة وجزم به القاضي حسين والمتولي واقتضاه كلام النووي في المجموع في باب ما يفسد الصلاة والنهي عنه محمول على من علم من نفسه عدم القيام بما التزمه جمعاً بين الأدلة وقيل مكروه وجزم به في المجموع وحكاه السنجي عن النص هذا والذي قاله ابن الرفعة هو المعتمد والأصح أنه في نذر اللجاج مكروه وعليه يحمل خبر إنما يستخرج به من البخيل وفي نذر التبرر مندوب.

وَطَاعَةٍ كَقَوْلِهِ: إِنْ شَفَى اللَّهُ مَرِيضِي

فإن قيل يوافق الأول ما في الروضة وأصلها من أنه لو قال: إن فعلت كذا فللّه عليّ أن أطلقك، أو أن آكل الخبز، أو للّه عليّ أن أدخل الدار، فإن عليه كفارة في ذلك عند المخالفة.

أجيب بأن الأولين في نذر الحجاج، وكلام المصنف في نذر التبرر، وأما الأخيرة فلزوم الكفارة فيها من حيث اليمين، لا من حيث النذر.

(و) يلزم النذر على فعل (طاعة) مقصودة لم تتعين، كعتق، وعيادة مريض، وسلام وتشييع جنازة، وقراءة سور معينة، وطول قراءة صلاة، وصلاة جماعة. ولا فرق في صحة نـذر الثلاثة الأخيرة بين كونها في فرض أم لا، فالقول بأن صحتها مقيدة بكونها في الفرض أخذاً من تقييد الروضة وأصلها بذلك ـ وهم لأنهما إنما قيدا بذلك للخلاف فيه.

فلو نذر غير القربة المذكورة من واجب عيني كصلاة الظهر، أو مخير كأحد خصال كفارة اليمين ولو معينة[1]، كما صرح به القاضي حسين، أو معصية كما سيأتي، كشرب خمر وصلاة بحدث، أو مكروه كصوم الدهر لمن خاف به ضرراً أو فوت حق ـ لم يصح نذره، أما الواجب المذكور فلأنه لزم عيناً بإلزام الشرع قبل النذر فلا معنى لالتزامه، وأما المكروه فلأنه لا يتقرب به ولخبر أبي داود: «لَا نَذْرَ إِلَّا فِيمَا ٱبْتُغِيَ بِهِ[2] وَجْهُ اللَّهِ تَعَالَى» ولا يلزمه بمخالفة ذلك كفارة.

ثم بين المصنف نذر المجازاة ـ وهو نوع من التبرر[3]، وهو المعلق بشيء بقوله (كقوله[4]: إن شفى الله) تعالى (مريضي) أو قدم غائبي، أو نجوت من الغرق،

---

(١) المعتمد أنه إن عين أعلاها صح نذره أو أدناها فلا.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٢٧٣) وأحمد في المسند ٢/ ١٨٥.

(٣) نذر التبرر بأن يلتزم قربة بلا تعليق كعليّ كذا أو بتعليق بحدرث نعمة أو ذهاب نقمة ولو قال إن شفى الله مريضي فعليّ أن أتصدق بدينار فشفي جاز دفعه إليه إذا كان لا يلزمه نفقته وكان فقيراً.

(٤) أي لا على وجه اللجاج والغضب.

فَلِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أُصَلِّي أَوْ أَصُومَ أَوْ أَتَصَدَّقَ. وَيَلْزَمُهُ مِنْ ذَلِكَ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الِاسْمُ. وَلَا نَذْرَ فِي مَعْصِيَةٍ كَقَوْلِهِ: إِنْ قَتَلْتُ فُلَاناً فَلِلَّهِ عَلَيَّ كَذَا.

أو نحو ذلك (فللّه) تعالى (عليّ أن أصلي أو أصوم أو أتصدق) و (أو) في كلامه للتنويع (ويلزمه) بعد حصول المعلق عليه (من ذلك) أي من أي نوع التزمه عند الإطلاق (ما يقع عليه الاسم منه)، وهو في الصلاة ركعتان على الأظهر بالقيام مع القدرة، حملاً على أقل واجب الشرع، وفي الصوم يوم واحد، لأنه اليقين فلا يلزمه زيادة عليه. وفي الصدقة ما يتمول شرعاً، ولا يتقدر بخمسة دراهم ولا بنصف دينار، وإنما حملنا المطلق على أقل واجب من جنسه كما قاله في الروضة، لأن ذلك قد يلزمه في الشركة.

فـرع ـ لو نذر شيئاً كقوله: «إن شفى الله مريضي» فشفي ثم شك هل نذر صدقة أو عتقاً أو صلاة أو صوماً، قال البغوي في فتاويه: ويحتمل أن يقال: يجتهد، بخلاف الصلاة، لأنا تيقنا أن الجميع لم تجب عليه. وإنما وجب عليه شيء واحد واشتبه، فيجتهد كالأواني والقبلة، انتهى وهذا أوجه.

وإن لم يعلق النذر بشيء ـ وهو النوع الثاني من نوعي التبرر ـ كقوله ابتداء: «لِلّه عليّ صوم أو حج أو غير ذلك» لزمه ما التزمه، لعموم الأدلة المتقدمة. ولو علق النذر بمشيئة الله تعالى أو مشيئة زيد لم يصح وإن شاء زيد، لعدم الجزم اللائق بالقرب. نعم إن قصد بمشيئة الله تعالى التبرك أو وقوع حدوث مشيئة زيد نعمة مقصودة، كقدوم زيد في قوله: «إن قدم زيد فعليّ كذا» فالوجه الصحة كما صرح بذلك بعض المتأخرين.

(ولا) يصح (نذر في) فعل (معصية، كقوله: إن قتلت فلاناً فللّه عليّ كذا) لحديث: «لَا نَذْرَ فِي مَعْصِيَةِ اللَّهِ تَعَالَى»[1] رواه مسلم، ولخبر البخاري المار: «مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ اللَّهَ فَلْيُطِعهُ، وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَعْصِي اللَّهَ فَلَا يَعْصِهِ» ولا تجب به كفارة إن حنث، وأجاب النووي في خبر: «لَا نَذْرَ فِي مَعْصِيَةٍ وَكَفَّارَتُهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ» بأنه ضعيف، وغيره يحمله على نذر اللجاج، ومحل عدم لزومها بذلك ـ كما قاله الزركشي ـ إذا لم ينوِ به اليمين كما اقتضاه كلام الرافعي آخراً، فإن نوى به اليمين لزمته الكفارة بالحنث.

---

(١) أخرجه مسلم ٣/ ١٢٦٢ (٨ ـ ١٦٤١).

وَلاَ يَلْزَمُ النَّذْرُ عَلَى تَرْكِ مُبَاحٍ كَقَوْلِهِ: لاَ آكُلُ لَحماً، وَلاَ أَشْرَبُ لَبَناً، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ.

تنبيه ـ أورد في التوشيح[1] نذر إعتاق العبد المرهون. فإن الرافعي حكى عن التتمة أن نذره منعقد إن نفذنا عتقه في الحال، أو عند أداء المال، وذكروا في الرهن أن الإقدام، على عتق المرهون لا يجوز، وإن تم الكلامان كان نذراً في معصية منعقداً، واستثنى غيره ما لو نذر أن يصلي في أرض مغصوبة، صح النذر، ويصلي في موضع آخر. كذا ذكره البغوي في تهذيبه، وصرح باستثنائه الجرجاني في إيضاحه، ولكن جزم المحاملي بعدم الصحة، ورجحه الماوردي وكذا البغوي في فتاويه، وهذا هو الظاهر الجاري على القواعد، وقال الزركشي: إنه الأقرب، ويتأيد بالنذر في الأوقات المكروهة فإنه لا ينعقد على الصحيح.

(ولا يلزم النذر) بمعنى لا ينعقد (على ترك) فعل (مباح) أو فعله، (كقوله: لا آكل لحماً ولا أشرب لبناً، وما أشبه ذلك) لخبر البخاري عن ابن عباس: بَيْنَمَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَخْطُبُ إِذْ رَأَى رَجُلاً قَائِماً فِي الشَّمْسِ. فَسَأَلَ عَنْهُ قَالُوا: هَذَا أَبُو إِسْرَائِيل، نَذَرَ أَنْ يَقُومَ، وَلاَ يَقْعُدَ وَلاَ يَسْتَظِلَّ ولا يتكلم، فقال ﷺ: «مُرُوهُ فَلْيَتَكَلَّمْ، وَلْيَسْتَظِلَّ، وَلْيَقْعُد، وَلْيُتِمَّ صَوْمَهُ». وفسر في الروضة وأصلها المباح بما لم يرد فيه ترغيب ولا ترهيب، وزاد في المجموع على ذلك، واستوى فعله وتركه شرعاً كنوم وأكل، وسواء أقصد بالنوم النشاط على التهجد، وبالأكل التقوى على العبادة أم لا. وإنما لم يصح في القسم الأول ـ كما اختاره بعض المتأخرين ـ لأن فعله غير مقصود، فالثواب على القصد، لا على الفعل.

تنبيه ـ كان الأولى للمصنف التعبير هنا بنفي الانعقاد المعلوم منه بالأولى ما ذكر، ويؤخذ من الحديث المذكور: أن النذر بترك كلام الآدميين لا ينعقد. وبه صرح في الزوائد والمجموع، ولا يلزم عقد النكاح بالنذر كما جرى عليه ابن المقري هنا، وإن خالف فيه بعض المتأخرين إذا كان مندوباً. وفي فتاوى الغزالي أن قول البائع للمشتري «إن خرج المبيع مستحقاً فللّه عليّ أن أهبك ألفاً» لغو، لأن المباح لا يلزم

---

(١) أي على قولهم: لا نذر في معصية الله.

. . . .

بالنذر، لأن الهبة وإن كانت قربة في نفسها إلا أنها على هذا الوجه ليست قربة ولا محرمة، فكانت مباحة كذا قاله ابن المقري. والأوجه انعقاد النذر كما لو قال: «إن فعلت كذا فللّه عليّ أن أصلي ركعتين» وفي فتاوى بعض المتأخرين أنه يصح نذر المرأة لزوجها بما وجب لها عليه من حقوق الزوجية، ويبرأ الزوج وإن لم تكن عالمة بالمقدار. قياساً على ما إذا قال: «نذرت لزيد ثمرة بستاني مدة حياته» فإنه صحيح كما أفتى به البلقيني، وقياساً على صحة وقف ما لم يره كما اختار النووي وتوبع عليه، فإنه أعم من أن يكون الموقوف عليه معيناً أو جهة جامة.

خاتمة ـ فيها مسائل مهمة تتعلق بالنذر ـ من نذر إتمام لزمه إتمامه، أو نذر صوم بعض يوم لم ينعقد، أو نذر إتيان الحرم أو شيء منه لزمه نسك من حج أو عمرة، أو نذر المشي إليه لزمه ـ مع نسك ـ مشي[1] من مسكنه أو نذر أن يحج أو يعتمر[2] ماشياً أو عكسه لزمه ـ مع ذلك ـ مشي من حيث أحرم فإن ركب ولو بلا عذر أجزأه ولزمه دم وإن ركب بعذر. ولو نذر صلاة أو صوماً في وقت ففاته ولو بعذر ـ وجب عليه قضاؤه، ولو نذر إهداء شيء إلى الحرم لزمه حمله إليه إن سهل ولزمه صرفه بعد ذبح ما يذبح منه لمساكينه، أما إذا لم يسهل حمله كعقار فيلزمه حمل ثمنه إلى الحرم. ولو نذر تصدقاً بشيء على أهل بلد معين لزمه صرفه لمساكينه المسلمين، ولو نذر صلاة قاعداً جاز فعلها قائماً لإتيانه بالأفضل، لا عكسه، ولو نذر عتقاً أجزأه رقبة ولو ناقصة بكفر أو غيره، أو نذر عتق ناقصة أجزأه رقبة كاملة فإن عين ناقصة كأن قال: «للّه عليّ عتق هذا الرقيق الكافر» تعينت ولو نذر زيتاً أو شمعاً لإسراج مسجد أو غيره. أو وقف ما يشتريان به من غلته ـ صح كل من النذر والوقف إن كان يدخل المسجد أو غيره ما ينتفع به من نحو مصل أو نائم. وإلا لم يصح، لأنه إضاعة مال. ولو نذر أن يصلي في أفضل الأوقات فقياس ما قالوه في الطلاق ليلة القدر. أو في أحب الأوقات إلى الله

---

(١) الثاني له الركوب كما لو نذر الصلاة قاعداً فله القيام. وفرق بأن ما هنا يمكن تداركه بالمال وبأن المنذور هنا وصف وذاك جزء فهو كإجزائه عن شاة منذورة.

(٢) كذا في خط الشارح وسقط منه لفظ ماشياً سهواً وقوله أو عكسه أي نذر أن يمشي حاجاً أو معتمراً كذا في المنهج وشرحه.

. . . .

تعالى قال الزركشي: ينبغي أن لا يصح نذره. والذي ينبغي الصحة ويكون كنذره في أفضل الأوقات، ولو نذر أن يعبد الله بعبادة لا يشركه فيها أحد. فقيل: يطوف بالبيت وحده، وقيل: يصلي داخل البيت وحده، وقيل: يتولى الإمامة العظمى، وينبغي أن يكفي واحد من ذلك، وما رد به من أن البيت لا يخلو عن طائف من ملك أو غيره مردود، لأن العبرة بما في ظاهر الحال. وذكرت في شرح المنهاج وغيره هنا فروعاً مهمة لا يحتملها هذا المختصر. فمن أرادها فليراجعها في ذلك.

كِتَـابُ الأَقْضِيَةِ وَالشَّهَـادَاتِ[1]

الأقضية: جمع قضاء بالمد. كقباء وأقبية. وهو لغة: إمضاء الشيء وأحكامه. وشرعاً: فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى.

والشهادات: جمع شهادة. وهي: إخبار عن شيء بلفظ خاص. وسيأتي الكلام عليها.

والأصل في القضاء قبل الإجماع آيات، كقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] وقوله تعالى: ﴿فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِٱلْقِسْطِ﴾ [المائدة: ٤٢] وأخبار كخبر الصحيحين: «إِذَا ٱجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ، وَإِنْ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ» وفي رواية «فَلَهُ عَشْرَةُ أُجُورٍ»[2] قال النووي في شرح مسلم: أجمع المسلمون على أن هذا الحديث - يعني الذي في الصحيحين - في حاكم عالم أهل للحكم، إن أصاب فله أجران باجتهاده وإصابته، وإن أخطأ فله أجر في اجتهاده في طلب الحق، أما من ليس بأهل للحكم فلا يحل له أن يحكم، وإن حكم فلا أجر له، بل هو آثم، ولا ينفذ حكمه. سواء أوافق الحق أم لا؛ لأن إصابته اتفاقية، ليست صادرة عن أصل شرعي، فهو عاصٍ في جميع أحكامه، سواء أوافق الصواب أم لا. وهي مردودة كلها، ولا يعذر في شيء من ذلك. وقد روى الأربعة والحاكم والبيهقي أن النبيّ ﷺ قال: «الْقُضَاةُ ثَلاثَةٌ، قَاضِيَانِ فِي النَّارِ وَقَاضٍ فِي الجَنَّةِ: فَأَمَّا الَّذِي فِي الجَنَّةِ فَرَجُلٌ عَرَفَ الحَقَّ وَقَضَى بِهِ، وَاللَّذَانِ فِي النَّارِ رَجُلٌ عَرَفَ الحَقَّ فَجَارَ فِي الحَقِّ وَرَجُلٌ قَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ»[3] والقاضي الذي ينفذ حكمه هو الأول، والثاني والثالث لا اعتبار بحكمهما،

---

(١) أخرها المصنف إلى هنا لأنها تجري في جميع ما قبلها من معاملات وغيرها وقدم الأيمان عليها لأن القاضي قد يحتاج إلى اليمين.

(٢) أخرجه البخاري (٧٣٥٢) ومسلم (١٧١٦).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٧٣) والترمذي (١٣٢٢) وابن ماجة (٢٣١٥) والحاكم ٤/ ٩٠ والبيهقي ١٠/ ١١٦.

وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَلِي القَضَاءَ إِلاَّ مَن اسْتَكْمَلَتْ فِيهِ خَمْسَ عَشْرَةَ خَصْلَةً: الإِسْلاَمُ، وَالْبُلُوغُ، وَالْعَقْلُ، وَالْحُرِّيَّةُ، وَالذُّكُورِيَّةُ، وَالْعَدَالَةُ، وَمَعْرِفَةُ أَحْكَام الْكِتَابِ، وَالسُّنَّةِ

وتولي القضاء فرض[1] كفاية في حق الصالحين له في الناحية، أما تولية الإمام لأحدهم ففرض عين عليه، فمن تعين عليه في ناحية لزمه طلبه ولزمه قبوله.

(ولا يجوز) ولا يصح (أن يلي القضاء) الذي هو الحكم بين الناس (إلا من استكملت فيه) بمعنى اجتمع فيه (خمس عشرة خصلة) ذكر المصنف منها خصلتين على ضعيف، وسكت عن خصلتين على الصحيح، كما ستعرف ذلك.

الأولى: (الإسلام) فلا تصح ولاية كافر ولو على كافر، وما جرت به العادة من نصب شخص منهم للحكم بينهم فهو تقليد رئاسة وزعامة، لا تقليد حكم وقضاء كما قاله الماوردي.

(و) **الثانية** ـ (البلوغ) **والثالثة** (العقل) فلا تصح ولاية غير مكلف لنقصه (و) **الرابعة** (الحرية) فلا تصح ولاية رقيق ولو مبعضاً لنقصه (و) **الخامسة** (الذكورية) فلا تصح ولاية امرأة ولا خنثى مشكل، أما الخنثى الواضح الذكورية فتصح ولايته كما قاله في البحر (و) **السادسة** (العدالة) الآتي بيانها في باب الشهادات فلا تصح ولاية فاسق ولو بما له فيه شبهة على الصحيح، كما قاله ابن النقيب في مختصر الكفاية وإن اقتضى كلام الدميري خلافه. (و) **السابعة** ـ (معرفة أحكام الكتاب) العزيز (و) معرفة أحكام (السنة) على طريق الاجتهاد. ولا يشترط حفظ آياتها ولا أحاديثها المتعلقات بها

---

(١) بل هو أفضل فروض الكفايات حتى ذهب الغزالي إلى تفضيله على الجهاد وذلك للإجماع مع الاضطرار إليه لأن طباع البشر مجبولة على النظام وقلّ من ينصف من نفسه والإمام الأعظم مشتغل بما هو أهم منه فوجب من يقوم به واعلم أن تولية القضاء تعتريه الأحكام إلا الإباحة فيجب إذا تعين في الناحية ويندب إن لم يتعين وكان أفضل من غيره فيسنّ له حينئذ طلبه وقبوله ويكره إن كان مفضولاً ولم يمتنع الأفضل ويحرم بعزل صالح ولو مفضولاً وتبطل عدالة الطالب وعبارة الروض وشرحه وحرم على الصالح للقضاء طلب له وبذل مال لعزل قاض صالح له ولو كان دونه وبطلت بذلك عدالته فلا تصح توليته والمعزول به على قضائه حيث لا ضرورة لأن العزل بالرشوة حرام وتولية المرتشي للراشي حرام.

. . . .

عن ظهر قلب، وآي الأحكام كما ذكره البندنيجي والماوردي وغيرهما خمسمائة آية، وعن الماوردي أن عدد أحاديث الأحكام خمسمائة كعدد الآي، والمراد أن يعرف أنواع الأحكام التي هي مجال النظر والاجتهاد، واحترز بها عن المواعظ، والقصص فمن أنواع الكتاب[١] والسنة العام والخاص والمجمل والمبين، والمطلق والمقيد، والنص[٢] والظاهر، والناسخ والمنسوخ، ومن أنواع السنة: المتواتر، والآحاد، والمتصل[٣] وغيره، لأنه بذلك يتمكن من الترجيح عند تعارض الأدلة. فيقدم الخاص على العام. والمقيد على المطلق، والمبين على المجمل، والناسخ على المنسوخ. والمتواتر[٤] على الآحاد، ويعرف المتصل من السنة والمرسل منها ـ وهو غير المتصل[٥] ـ وحال الرواة قوة وضعفاً في حديث لم يجمع على قبوله.

---

(١) هذه الجملة لا ارتباط لها بما قبلها وهي منقولة من المنهج مع بعض تغيير أوجب الخلل فيها ونص عبارته شرط القاضي أن يكون مجتهداً وهو العارف بأحكام الكتاب والسنة وبالقياس وأنواعها فمن أنواع الكتاب والسنة الخ والضمير في أنواعها راجع للكتاب والسنة والقياس ويكون قوله فمن أنواع الكتاب الخ تفصيلاً لقوله وأنواعها وهذا كلام مرتبط منسبك وبعضهم أجاب عن الشارح وجعله مرتبطاً بأن يقدر مضاف في قوله أنواع أحكام أي أنواع محالّ الأحكام والعام وما عطف عليه يقال له محال الأحكام فيستقيم قوله فمن أنواع الكتاب أي من أنواع محالّ أحكامه وهو لفظ يستغرق الصالح له من غير حصر كقوله تعالى ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾ والخاص بخلافه كقوله عليه السلام «الصائم المتطوع أمير نفسه إن شاء صام وإن شاء أفطر» وقوله والمجمل وهو ما لم تتضح دلالته مثل قوله تعالى ﴿وآتوا الزكاة﴾ و ﴿خذ من أموالهم صدقة﴾ لأنه لم يعلم منهما قدر الواجب ونوع المأخوذ منه. والمبين ما اتضحت دلالته مثل قوله ﴿وفي عشرين نصف دينار﴾. والمطلق ما دل على الماهية بلا قيد كرقبة والمقيد ما دل عليها بقيد كرقبة مؤمنة في آية القتل والمطلق في غيرها.

(٢) هو ما دل دلالة قطعية كأسماء العدد. والظاهر ما دل دلالة ظنية قال في جمع الجوامع المنطوق ما دل عليه اللفظ في محل النطق وهو نص إن أفاد معنى لا يحتمل غيره كزيد وظاهر إن احتمل غيره مرجوحاً كأسد.

(٣) باتصال رواته إلى الصحابي فقط ويسمى الموقوف أو إليه ﷺ ويسمى المرفوع.

(٤) ما ترويه جماعة يستحيل تواطؤهم على الكذب عن جماعة كذلك في جميع الطبقات. والآحاد ما يرويه واحد عن واحد أو أكثر ولم يبلغوا عدد التواتر.

(٥) هو مبني على اصطلاح الفقهاء والأصوليين من أن المرسل ما سقط من سنده راو أو أكثر سواء كان =

وَمَعْرِفَةُ الإِجْمَاعِ وَالاخْتِلَافِ وَمَعْرِفَةُ طُرُقِ الاِجْتِهَادِ، وَمَعْرِفَةُ طَرَفٍ مِنْ لِسَانِ الْعَرَبِ،

(و) الثامنة ـ (معرفة الإجماع[١] والاختلاف) فيه فيعرف أقوال الصحابة فمن بعدهم إجماعاً واختلافاً، لئلا يقع في حكم أجمعوا على خلافه.

تنبيه ـ قضية كلامه أن يشترط معرفة جميع ذلك وليس مراداً. بل يكفي أن يعرف في المسألة التي يفتي أو يحكم فيها أن قوله لا يخالف الإجماع فيها: إما بعلمه بموافقة بعض المتقدمين، أو يغلب على ظنه أن تلك المسألة لم يتكلم فيها الأولون بل تولدت في عصره، وعلى هذا تقاس معرفة الناسخ والمنسوخ كما نقله الشيخان عن الغزالي وأقراه.

(و) التاسعة: (معرفة طرق الاجتهاد) الموصلة إلى مدارك[٢] الأحكام الشرعية وهي معرفة ما تقدم وما سيذكره، مع معرفة القياس صحيحه وفاسده بأنواع الأولى والمساوي والأدون ليعمل بها فالأول كقياس ضرب الوالدين على التأفيف، والثاني كإحراق مال اليتيم على أكله في التحريم فيهما، والثالث: كقياس التفاح على البر في الربا بجامع الطعم.

والعاشرة: معرفة طرف من لسان العرب، لغةً وإعراباً وتصريفاً لأن به يعرف عموم اللفظ وخصوصه، وإطلاقه وتقييده، وإجماله وبيانه وصيغ الأمر والنهي، والخبر والاستفهام، والوعد والوعيد، والأسماء والأفعال والحروف، وما لا بد منه في فهم الكتاب والسنة.

= من أوله أو من آخره أم بينهما وأما عن اصطلاح المحدثين فهو أي المرسل ما سقط منه الصحابي وعبارة ق ل في حاشية شرح الورقات وأما اصطلاح المحدثين فالمرسل ما سقط منه الصحابي وما وقف على الصحابي موقوف وما وقف على التابعي مقطوع وما سقط منه راو منقطع أو راويان فمنقطع من موضعين إن كان بغير اتصال وإلا فمعضل وما سقط أوله معلق وما أسند إلى النبيّ ﷺ مرفوع.

(١) بمعنى المجمع عليه وقوله والاختلاف فيه بمعنى المختلف فيه.

(٢) أي محل إدراكها جمع مدرك بضم الميم مصدر ميمي بمعنى إدراك والمراد ما يدرك منه الحكم من نحو دليل.

وَمَعْرِفَةُ تَفْسِيرِ كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى،

(و) الحادية عشرة: (معرفة) طرف (تفسير من كتاب الله تعالى) ليعرف به الأحكام المأخوذة منه.

تنبيه ـ هذا مع الذي قبله من جملة طرق الاجتهاد. ولا يشترط أن يكون متبحراً في كل نوع من هذه العلوم. حتى يكون في النحو كسيبويه وفي اللغة كالخليل. بل يكفي معرفة جمل منها، قال ابن الصباغ: إن هذا سهل في هذا الزمان، فإن العلوم قد دونت وجمعت، انتهى.

ويشترط أن يكون له من كتب الحديث أصل صحيح كصحيح البخاري وسنن أبي داود، ولا يشترط حفظ جميع القرآن ولا بعضه عن ظهر قلب، بل يكفي أن يعرف مظان أحكامه في أبوابها فيراجعها وقت الحاجة، ولا بد أن يعرف الأدلة المختلف فيها كالأخذ بأقل ما قيل، وكالاستصحاب، ومعرفة أصول الاعتقاد[1]. كما حكي في الروضة كأصلها عن الأصحاب اشتراطه، ثم اجتماع هذه العلوم إنما يشترط في المجتهد المطلق[2]، وهو الذي يفتي في جميع أبواب الشرع. أما المقلد بمذهب إمام خاص فليس عليه غير معرفة قواعد إمامه، وليراع فيها ما يراعي المطلق في قوانين الشرع، فإنه مع المجتهد مع نصوص الشرع، ولهذا ليس له أن يعدل عن نص إمامه، كما لا يسوغ الاجتهاد مع النص قال ابن دقيق العيد: ولا يخلو العصر عن مجتهد إلا إذا تداعى الزمان وقربت الساعة، وأما أقوال الغزالي والقفال: «إن العصر خلا عن المجتهد المستقل فالظاهر أن المراد مجتهد قائم بالقضاء فإن العلماء يرغبون عنه، فقد قال مكحول: لو خيرت بين القضاء والقتل لاخترت القتل، وامتنع منه الشافعي وأبو حنيفة رضي الله عنهما. وهذا ظاهر لا شك فيه إذ كيف يمكن القضاء على الأعصار بخلوها عن المجتهد والشيخ أبو علي والقاضي الحسين والأستاذ أبو إسحاق وغيرهم كانوا يقولون: لسنا مقلدين للشافعي، بل وافق رأينا رأيه ويجوز تبعيض الاجتهاد بأن

---

(١) لعل الأولى أن يقدم هذا والمراد بأصول الاعتقاد عقائد التوحيد وهي ما يجب لله وما يستحيل عليه وما يجوز في حقه وكذا الرسل.

(٢) أي وقد فقد من بعد الخمسمائة بحسب ما يظهر لنا فلا ينافي أنه في نفس الأمر يوجد.

وَأَنْ يَكُونَ سَمِيعاً، وَأَنْ يَكُونَ بَصِيراً، وَأَنْ يَكُونَ كَاتِباً، وَأَنْ يَكُونَ مُسْتَيْقِظاً.

يكون العالم مجتهداً في باب دون باب، فيكفيه علم ما يتعلق بالباب الذي يجتهد فيه.

(و) **الثانية عشرة**: (أن يكون سميعاً) ولو بصياح في أذنه، فلا يولى أصم لا يسمع أصلاً، فإنه لا يفرق بين إقرار وإنكار.

(و) **الثالثة عشرة**: (أن يكون بصيراً) فلا يولى أعمى، ولا من يرى الأشباح ولا يعرف الصور، لأنه لا يعرف الطالب من المطلوب فإن كان يعرف الصور إذا قربت منه صح، وخرج بالأعمى الأعور فإنه يصح توليته، وكذا من يبصر نهاراً فقط دون أن يبصر ليلاً فقط قاله الأذرعي.

فإن قيل: قد استخلف النبيّ ﷺ ابن أم مكتوم على المدينة وهو أعمى. ولذلك قال الإمام مالك بصحُة ولاية الأعمى.

أجيب بأنه إنما استخلفه في إمامة الصلاة. دون الحكم.

تنبيه ـ لو سمع القاضي البينة ثم عمي قضى في تلك الواقعة على الأصح، واستثني أيضاً ما لو نزل أهل قلعة على حكم أعمى فإنه يجوز كما هو مذكور في محله.

(و) **الرابعة عشرة**: (أن يكون كاتباً) على وجهين، واختاره الأذرعي، والزركشي لاحتياجه أن يكتب إلى غيره، لأن فيه أمناً من تحريف القارىء عليه، وأصحهما كما في الروضة وغيرها عدم اشتراط كونه كاتباً، لأنه ﷺ كان أُمِّياً لا يقرأ ولا يكتب. ولا يشترط فيه أيضاً معرفة الحساب لتصحيح المسائل الحسابية الفقهية كما صوبه في المطلب، لأن الجهل به لا يوجب الخلل في غير تلك المسائل، والإحاطة بجميع الأحكام الشرعية لا تشترط.

(و) **الخامسة عشرة**: (أن يكون مستيقظاً) بحيث لا يؤتى من غفلة، ولا يخدع من غرة. كما اقتضاه كلام ابن القاص، وصرح به الماوردي، والروياني، واختاره الأذرعي في الوسيط، واستند فيه إلى قول الشيخين ويشترط في المفتي التيقظ وقوة الضبط قال: والقاضي أولى باشتراط ذلك وإلا لضاعت الحقوق، انتهى ملخصاً، ولكن المجزوم به كما في الروضة وغيرها استحباب ذلك، لا اشتراطه.

. . . .

تنبيه ـ هاتان الخصلتان الضعيفتان الموعود بهما، وأما المتروكتان فالأولى: كونه ناطقاً، فلا يصح تولية الأخرس على الصحيح، لأنه كالجماد، والثانية: أن يكون فيه كفاية للقيام بأمر القضاء، فلا يولى مختل نظر بكبر أو مرض أو نحو ذلك، وفسر بعضهم الكفاية اللائقة للقضاء بأن يكون فيه قوة على تنفيذ الحق بنفسه، فلا يكون ضعيف النفس جباناً، فإن كثيراً من الناس يكون عالماً ديناً ونفسه ضعيفة عن التنفيذ والالتزام والسطوة، فيطمع في جانبه بسبب ذلك.

وإذا عرف الإمام أهلية أحد ولاه، وإلا بحث عن حاله كما اختبر ﷺ معاذاً، ولو ولى من لا يصلح للقضاء مع وجود الصالح له والعلم بالحال أثم المولي بكسر اللام والمولى بفتحها، ولا ينفذ قضاؤه وإن أصاب فيه، فإن تعذر في شخص جميع هذه الشروط السابقة فولى سلطان له شوكة فاسقاً مسلماً أو مقلداً نفذ قضاؤه للضرورة[١]، لئلا تتعطل مصالح الناس.

فخرج بالمسلم الكافر إذا ولي بالشوكة. وأما الصبي والمرأة فصرح ابن عبدالسلام بنفوذه منهما. ومعلوم أنه يشترط في غير الأهل معرفة طرف من الأحكام. وللعادل أن يتولى القضاء من الأمير الباغي، فقد سئلت عائشة رضي الله عنها عن ذلك لما استقضاه زياد، فقالت: إن لم يقض لهم خيارهم قضى لهم شرارهم.

فروع ـ يندب للإمام أن يأذن للقاضي في الاستخلاف إعانة له. فإن أطلق التولية استخلف فيما عجز عنه. فإن أطلق الإذن في الاستخلاف استخلف مطلقاً فإن خصصه بشيء[٢] لم يتعده. وشرط المستخلف ـ بفتح اللام ـ كشرط القاضي السابق، إلا أن

---

(١) قال البلقيني يستفاد من ذلك أنه لو زالت شوكة من ولاه بموت أو نحوه انعزل لزوال الضرورة وأنه لو أخذ شيئاً من بيت المال على ولاية القضاء أو جوامك في نظر الأوقاف استرد منه لأن قضاءه إنما نفذ للضرورة ولا كذلك المال.

(٢) ولو ولّاه في بلدتين متباعدتين كبغداد والبصرة اختار المباشرة في إحداهما كما قاله الماوردي وإن اعترضه البلقيني فلو اختار إحداهما هل يكون مقتضياً لانعزاله عن الأخرى أو يباشر كلاً مدة وجهان أوجههما نعم وهو الانعزال ورجح الزركشي وجمع أن التدريس بمدرستين في بلدتين متباعدتين ليس كذلك لأن غيبته عن إحداهما لمباشرة الأخرى لا يكون عزلاً ويستنيب وفعله =

يستخلف في أمر خاص كسماع بينة فيكفي علمه بما يتعلق به، ويحكم باجتهاده إن كان مجتهداً، أو اجتهاد مقلده إن كان مقلداً، جاز نصب أكثر من قاض بمحل إن لم يشترط اجتماعهم على الحكم. وإلا فلا يجوز، لما يقع بينهم من الخلاف في محل الاجتهاد، ويؤخذ من التعليل أن عدم الجواز محله في غير المسائل المتفق عليها، وهو ظاهر.

ويجوز تحكيم اثنين فأكثر[1] أهلاً للقضاء في غير عقوبة اللّه تعالى. ولو مع وجود قاض. وخرج بالأهل غيره فلا يجوز تحكيمه مع وجود الأهل ولا ينفذ حكمه إلا برضا الخصمين قبل الحكم إن لم يكن أحدهما قاضياً وإلا فلا يشترط رضاهما، ولا يكفي رضا جَانٍ في ضرب دية على عاقلة ولو رجع أحد الخصمين قبل الحكم امتنع.

ولو زالت أهلية القاضي بنحو جنون كإغماء انعزل، ولو عادت لم تعد ولايته، وله عزل نفسه كالوكيل، وللإمام عزله بخلل، وبأفضل منه، وبمصلحة كتسكين فتنة، فإن لم يكن شيء من ذلك حرم، ونفذ عزله إن وجد ثم صالح، وإلا فلا ينفذ، ولا ينعزل قبل بلوغه فإن علق عزله بقراءته كتاباً انعزل بها. وبقراءته عليه. وينعزل بانعزاله نائبه ولا قيم يتيم ووقف، ولا من استخلفه بقول الإمام: استخلف عني. ولا ينعزل قاض ووال بانعزال الإمام، ولا يقبل قول متول في غير محل ولايته. ولا معزول: حكمت بكذا، ولا شهادة كل منهما بحكمه[2] إلا إن شهد بحكم حاكم. ولم يعلم القاضي أنه حكم.

ولو ادعى على متولٍ جوراً لم يسمع ذلك إلا ببينة، فإن ادعى عليه بشيء لا يتعلق بحكمه، أو على معزول بشيء فكغيرهما وتثبت تولية القاضي بشاهدين يخرجان

= الفخر ابن عساكر بالشام والقدس وكالمدرس الخطيب إذا ولي الخطبة في مسجدين والإمام إذا ولي إمامة مسجدين وكذا كل وظيفتين في وقت معين يتعارضان فيه.

(١) قال القاضي في شرح الحاوي يشترط العلم بتلك المسألة فقط ويجوز التحكيم في ثبوت هلال رمضان كما بحثه الزركشي وينفذ على من رضي بحكمه فيجب عليه الصوم دون غيره.

(٢) خرج بحكمه ما لو شهد أن فلاناً أقر في مجلس حكمه بكذا فيقبل كما جزم به في الروضة وأصلها المراد بمحل ولايته نفس بلد قضائه المحوط بالسوء والبناء المتصل.

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَجْلِسَ فِي وَسَطِ الْبَلَدِ، فِي مَوْضِعٍ بَارِزٍ لِلنَّاسِ، لَا حَاجِبَ لَهُ دُونَهُمْ،

معه إلى محل ولايته، يخبران، أو باستفاضة، ويسن أن يكتب موليه له كتاباً بالتولية، وأن يبحث القاضي عن حال علماء المحل وعدوله قبل دخوله وأن يدخل يوم الاثنين فخميس فسبت.

(ويستحب أن يجلس) للقضاء (في وسط البلد) ليتساوى أهله في القرب منه، هذا إذا اتسعت خطته، وإلا نزل حيث تيسر، هذا إذا لم يكن فيه موضع يعتاد النزول فيه، وأن ينظر أولاً في أهل الحبس، لأنه عذاب، فمن أقر منهم بحق فعل به مقتضاه، ومن قال «ظلمت» فعلى خصمه حجة، فإن كان خصمه غائباً كتب إليه ليحضر هو أو وكيله، ثم ينظر في الأوصياء فمن وجده عدلاً قوياً فيها أقره، أو فاسقاً أخذ المال منه، أو عدلاً ضعيفاً عضده بمعين فيها، ثم يتخذ كاتباً للحاجة إليه عدلاً ذكراً حراً عارفاً بكتابة محاضر وسجلات شرطا فيها فقيهاً عفيفاً وافر العقل، جيد الحظ ندبا وأن يتخذ مترجمين، وأن يتخذ قاضٍ أصم مسمعين للحاجة إليهما أهلي شهادة ولا يضرهما العمى، لأن الترجمة والأسماع تفسير. ونقل اللفظ لا يحتاج إلى معاينة بخلاف الشهادات وأن يتخذ درة للتأديب، وسجناً لأداء حق ولعقوبة. ويكون جلوسه (في موضع) فسيح (بارز للناس) أي ظاهر لهم ليعرفه من أراده من مستوطن وغريب، مصون من أذى حر وبرد: بأن يكون في الصيف في مهب الريح وفي الشتاء في ركن لائق بالحال، فيجلس في كل فصل من الصيف والشتاء وغيرهما بما يناسبه ويكره للقاضي أن يتخذ حاجباً كما قال: (لا حاجب له) أي للقاضي (دونهم) أي الخصوم: أي حيث لا زحمة وقت الحكم. ولخبر (مَنْ وَلِيَ مِنْ أُمُورِ النَّاسِ شَيْئاً فَٱحْتَجَبَ حَجَبَهُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ)[1] رواه أبو داود والحاكم بإسناد صحيح فإن لم يجلس للحكم. بأن كان في وقت خلوته ـ أو كان ثم زحمة لم يكره نصبه. والبواب ـ وهو من يقعد بالباب للإحراز، ويدخل على القاضي للاستئذان ـ كالحاجب فيما ذكره. قال الماوردي: أما من وظيفته ترتيب الخصوم والإعلام بمنازل الناس ـ أي وهو المسمى الآن بالنقيب

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٩٤٨) والترمذي (١٣٣٢) والحاكم ٤/ ٩٣.

وَلَا يَقْعُدُ لِلْقَضَاءِ فِي الْمَسْجِدِ،

ـ فلا بأس باتخاذه. صرح القاضي أبو الطيب وغيره باستحبابه.

تنبيه ـ من الآداب أن يجلس على مرتفع كدكة ليسهل عليه النظر إلى الناس وعليهم المطالبة وأن يتميز عن غيره بفراش ووسادة، وإن كان مشهوراً بالزهد والتواضع، ليعرفه الناس، وليكون أهيب للخصوم وأرفق به فلا يمل وأن يستقبل القبلة، لأنها أشرف المجالس كما رواه الحاكم وصححه، وألا يتكيء بغير عذر وأن يدعو عقب جلوسه بالتوفيق والتسديد. والأولى ما روته أم سلمة أن النبيّ ﷺ كان إذا خرج من بيته قال: «بِٱسْمِ اللَّهِ تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ أَنْ أَضِلَّ أَوْ أُضَلَّ أَوْ أَزِلَّ أَوْ أُزَلَّ أَوْ أَظْلِمَ أَوْ أُظْلَمَ أَوْ أَجْهَلَ أَوْ يُجْهَلَ عَلَيَّ»[1] قال في الأذكار: حديث حسن رواه أبو داود قال ابن القاص: وسمعت أن الشعبي كان يقوله إذا خرج إلى مجلس القضاء ويزيد فيه «أو اعتدى أو يُعتدى عليّ اللهم أعني بالعلم، وزيني بالحلم وكرمني بالتقوى حتى لا أنطق إلا بالحق ولا أقضي إلا بالعدل» وأن يأتي المجلس راكباً وأن يستعمل ما جرت به العادة من العمامة والطيلسان. ويندب أن يسلم على الناس يميناً وشمالاً، وأن يشاور الفقهاء عند اختلاف وجوه النظر وتعارض الأدلة في حكم قال تعالى لنبيِّه ﷺ: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [آل عمران: ١٥٩] قال الحسن البصري. كان النبيّ ﷺ مستغنياً عنها ولكن أراد أن تكون سنة للحكام. أما الحكم المعلوم بنص أو إجماع أو قياس جليّ فلا، والمراد بالفقهاء ـ كما قال جمع من الأصحاب ـ الذين يقبل قولهم في الإفتاء فيدخل الأعمى والعبد والمرأة ويخرج الفاسق والجاهل.

(ولا يقعد للقضاء في المسجد) أي يكره له اتخاذه مجلساً للحكم، صوناً له عن ارتفاع الأصوات واللفظ الواقعين بمجلس القضاء عادة، ولو اتفقت قضية أو قضايا وقت حضوره فيه لصلاة أو غيرها، فلا بأس بفصلها، وعلى ذلك يحمل ما جاء عنه ﷺ وعن خلفائه في القضاء في المسجد، وكذا إذا احتاج لجلوسه فيه لعذر من مطر ونحوه

---

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٣٠٦/٦ وأبو داود ٥/ ٣٢٧ (٥٠٩٤) والترمذي ٥/ ٤٩٠ (٣٤٢٧) وقال: حسن صحيح والنسائي في عمل اليوم والليلة ص١٧٦ (٨٧) وابن ماجة ٢/ ١٢٧٨ (٣٨٨٤) والحاكم في المستدرك ٥١٩/١ وقال: صحيح على شرط الشيخين وأقره الذهبي.

وَيُسَوِّي بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ فِي ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ: فِي الْمَجْلِسِ

فإن جلس فيه مع الكراهة أو دونها منع الخصوم من الخوض فيه بالمخاصمة أو المشاتمة ونحوهما، بل يقعدون خارجه وينصب من يدخل عليه خصمين وإقامة الحدود فيه أشد كراهة كما نص عليه.

ثم شرع في التسوية بين الخصمين فقال: (ويسوي) أي القاضي (بين الخصمين) وجوباً على الصحيح (في ثلاثة) بل سبعة (أشياء) كما ستعرفه:

الأول: (في المجلس) فيسوي بينهما فيه: بأن يجلسهما بين يديه أو أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره، والجلوس بين يديه أولى. ولا يرتفع الموكل على الوكيل والخصم، لأن الدعوى متعلقة به أيضاً. بدليل تحليفه إذا وجبت يمين حكاه ابن الرفعة على الزبيلي وأقره قال الأذرعي وغيره: وهو حسن، والبلوى به عامة، وقد رأينا من يوكل قراراً من التسوية بينه وبين خصمه، والصحيح جواز رفع مسلم على ذمي في المجلس كأن يجلس المسلم أقرب إليه من الذمي لما روى البيهقي عن الشعبي قال: خرج عليّ رضي الله عنه إلى السوق فإذا هو بنصراني يبيع درعاً، فعرفها علي فقال: هذه درعي: بيني وبينك قاضي المسلمين. فأتيا إلى القاضي شريح: فلما رأى القاضي علياً قام من مجلسه وأجلسه فقال له عليّ: لو كان خصمي مسلماً لجلست معه بين يديك، ولكني سمعت النبيّ ﷺ يقول: «لَا تُسَاوُوهُمْ فِي الْمَجَالِسِ»[1] اقضِ بيني وبينه، فقال شريح: ما تقول يا نصراني فقال: الدرع درعي: فقال شريح لعليّ: هل من بينة فقال عليّ: صدق شريح فقال النصراني: إني أشهد أن هذه أحكام الأنبياء، ثم أسلم النصراني فأعطاه عليّ الدرع، وحمله على فرس عتيق قال الشعبي: فقد رأيته يقاتل المشركين عليه، ولأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه، ويشبه ـ كما قال في الروضة وأصلها ـ أن يجري ذلك في سائر وجوه الإكرام حتى في التقدير في الدعوى كما بحثه بعضهم، وهذا ظاهر إذا قلت خصوم المسلمين وإلا فالظاهر خلافه لكثرة ضرر المسلمين قال الإسنوي: ولو كان أحدهما ذمياً والآخر مرتداً فيتجه تخريجه على

(١) ذكره ابن الملقن في الخلاصة ٢/٤٤٣ وقال: رواه بنحوه الحاكم أبو أحمد في كناه وقال: حديث منكر وانظر تلخيص الجبر الحبير ٤/١٩٣.

وَاللَّفْظِ، واللَّحْظِ

التكافؤ في القصاص. الصحيح أن المرتد يقتل بالذمي دون عكسه، وتعجب البلقيني من هذا التخريج فإن التكافؤ في القصاص ليس مما نحن فيه بسبيل ولو اعتبرناه لرفع الحر على العبد والوالد على الولد.

(و) **الثاني**: في استماع «اللفظ» منهما؛ لئلا ينكسر قلب أحدهما.

(و) **الثالث**: في «اللحظ» بالظاء المشالة ـ وهو النظر بمؤخر العين كما قاله في الصحاح، والمعنى فيه ما تقدم.

والرابع: دخولهما عليه. فلا يدخل أحدهما قبل الآخر.

والخامس: في القيام لهما فلا يخص أحدهما بقيام إن علم أنه في خصومة فإن لم يعلم إلا بعد قيامه له فإما أن يعتذر لخصمه منه، وإما أن يقوم له كقيامه للأول وهو الأولى. واختار ابن أبي الدم كراهة القيام لهما جميعاً في آداب القضاء أي إذا كان أحدهما ممن يقام له دون الآخر لأنه ربما يتوهم أن القيام ليس له.

والسادس: في جواب سلامهما إن سلما معاً فلا يرد على أحدهما ويترك الآخر فإن سلم عليه أحدهما انتظر الآخر وقال له (سلم) ليجيبهما معاً إذا سلم، قال الشيخان: وقد يتوقف في هذا إذا طال الفصل. وكأنهم احتملوا هذا الفصل لئلا يبطل معنى التسوية.

والسابع: في طلاقة الوجه وسائر أنواع الإكرام فلا يخص أحدهما بشيء منها. وإن اختلف بفضيلة أو غيرها.

تنبيه ـ يندب ألا يشتري ولا يبيع بنفسه، لئلا يشتغل قلبه عما هو بصدده، لأنه قد يحابي فيميل قلبه إلى من يحابيه إذا وقع بينه وبين غيره حكومة، والمحاباة فيها رشوة[1] أو هدية. وهي محرمة، وأن لا يكون له وكيل معروف كي لا يحابى أيضاً، فإن فعل ذلك مكروه، والمعاملة في مجلس حكمه أشد كراهة.

---

(١) أي إن كان لأجل الحكم بالباطل أو ترك الحكم بالحق، وقوله أو هدية أي إن كان لأجل الإكرام.

وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَقْبَلَ الْهَدِيَّةَ مِنْ أَهْلِ عَمَلِهِ.

(ولا يجوز) للقاضي (أن يقبل الهدية) وإن قلت: فإن أهدى إليه من له خصومة في الحال عنده، سواء أكان ممن يهدى إليه قبل الولاية أم لا، وسواء أكان (من أهل عمله) أم لا، أو لم يكن له خصومة لكنه لم يهد له قبل ولايته القضاء، ثم أهدى إليه بعد القضاء هدية ـ حرم عليه قبولها أما في الأول فلخبر: «هَدَايَا الْعُمَّالِ سُحْتٌ»[1] وروي: «هَدَايَا السُّلْطَانِ سُحْتٌ»[2] ولأنها تدعو إلى الميل وينكسر بها قلب خصمه، وأما في الثانية فلأن سببها العمل ظاهراً ولا يملكها في الصورتين لو قبلها، ويردها على مالكها، فإن تعذر وضعها في بيت المال، وقضية كلامهم أنه لو أرسلها إليه من محل ولايته ولم يدخل بها حرمت، وهو كذلك، وإن ذكر فيها الماوردي وجهين.

تنبيه ـ يستثنى من ذلك هدية أبعاضه كما قاله الأذرعي، إذا لا ينفذ حكمه لهم، ولو أهدى إليه من لا خصومة له وكان يهدى إليه قبل ولايته جاز له قبولها إن كانت الهدية بقدر العادة السابقة والأولى إذا قبلها أن يردها[3]، أو يثيب عليها، لأن ذلك أبعد من التهمة، أما إذا زاد على العادة فكما لو لم يعهد منه ذلك كذا في أصل الروضة وقضيته تحريم الجميع، لكن قال الروياني نقلاً عن المهذب[4]: إن كانت الزيادة من جنس الهدية جاز قبولها لدخولها في المألوف وإلا فلا، وفي الذخائر ينبغي أن يقال:

---

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل ١/ ٢٨١.

(٣) وذكره ابن الملقن في الخلاصة ٢/ ٤٣١ وعزاه للخطيب في تلخيصه من رواية أنس.

(٣) الأولى أن يقول والأولى أن يردها أو يثيب علبها إذا قبلها لأن القبول قيد في الإثابة فقط لا في الردّ لأنه إذا ردها لا يكون قابلاً لها.

(٤) كذا في خطه وصوابه كما في شرح الروض عن المذهب لأن الروياني أقدم من الشيخ أبي إسحق صاحب المهذب. وحاصل ما أشار إليه أن المهدي إن زاد على العادة بعد المنصب ففيه احتمالات ثلاث: الأول تحريم الجميع مطلقاً سواء كانت الزيادة من الجنس أو لا. والثاني إن كانت الزيادة من الجنس جاز قبول الجميع. والثالث التفصيل بين أن تتميز الزيادة جنساً أو قدراً فتحرم وحدها أو لا تتميز فيحرم الجميع وهو المعتمد فإن كانت الزيادة بسبب تغير بسبب جنس الهدية بأن كانت عادته أن يهادي بالقطن فهاداه بعد المنصب بالحرير فهل يحرم الجميع أو مقابل ما زاد على قيمة القطن من الحرير احتمالان رجح الإسنوي منهما بعد الأوّل وقيده بما إذا كان للزيادة وقع وإلا فلا يحرم.

وَيَجْتَنِبُ الْقَضَاءَ فِي عَشْرَةِ مَوَاضِعَ: عِنْدَ الْغَضَبِ،

إن لم تتميز الزيادة ـ أي بجنس أو قدر ـ حرم قبول الجميع، وإلا فالزيادة فقط وهذا هو الظاهر، فإن زادت في المعنى ـ كأن أهدى من عادته قطن ـ حريراً هل تبطل في الجميع أو يصح منها بقدر المعتاد؟ فيه نظر استظهر الإسنوي الأول، وهو ظاهر إن كان للزيادة وقع، وإلا فلا عبرة بها، والضيافة والهبة كالهدية والعارية إن كانت مما يقابل بأجرة فحكمها كالهدية، وإلا فلا كما بحثه بعضهم وبحث بعضهم أيضاً أن الصدقة كالهدية، وأن الزكاة كذلك إن لم يتعين الدفع إليه، وما بحثه ظاهر، وقبول الرشوة حرام، وهي ما يبذل للقاضي ليحكم بغير الحق، أو ليمتنع من الحكم بالحق. وذلك لخبر: «لَعَنَ اللَّهُ الرَّاشِي وَالْمُرْتَشِي فِي الْحُكْمِ»[1].

فـروع ـ ليس للقاضي حضور وليمة أحد الخصمين حال الخصومة، ولا يحضر وليمتهما ولو في غير محل ولايته، لخوف الميل، وله تخصيص إجابة من اعتاد تخصيصه قبل الولاية، ويندب له إجابة غير الخصمين إن عمم المولم النداء لها ولم تقطعه كثرة الولائم عن الحكم. وإلا فيترك الجميع، ولا يضيف أحد الخصمين دون الآخر، ولا يلتحق فيما ذكر المفتي والواعظ ومعلمو القرآن والعلم إذ ليس لهم أهلية الإلزام، وللقاضي أن يشفع لأحد الخصمين ويزن عنه ما عليه، لأنه ينفعهما. وأن يعود المرضى. ويشهد الجنائز ويزور القادمين ولو كانوا متخاصمين، لأن ذلك قربة.

(ويجتنب) القاضي (القضاء) أي يكره له ذلك (في عشرة مواضع) وأهمل مواضع كما ستعرفها، وضابط المواضع التي يكره للقاضي القضاء فيها ـ كل حال يتغير فيها خلقه وكمال عقله.

الموضع الأول ـ (عند الغضب) لخبر الصحيحين: «لَا يَحْكُمْ أَحَدٌ بَيْنَ ٱثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانٌ»[2] وظاهر هذا أنه لا فرق بين المجتهد وغيره ولا بين أن يكون الله تعالى أولا،

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢/ ٣٨٧ والترمذي (١٣٣٦) وابن حبان كذا في الموارد (١١٩٦) من حديث أبي هريرة والترمذي (١٣٣٧) وأحمد في المسند ٢/ ١٩٠ وأبو داود (٣٥٨٠) وابن ماجة (٢٣١٣) والحاكم ٤/ ١٠٢ وصححه وأقره الذهبي.

(٢) أخرجه البخاري (٧١٥٨) ومسلم (١٧١٧).

وَالْجُوعِ، وَالْعَطَشِ، وَشِدَّةِ الشَّهْوَةِ، وَالْحُزْنِ، وَالْفَرَحِ الْمُفْرِطِ، وَعِنْدَ الْمَرَضِ، وَمُدَافَعَةِ الأَخْبَثَيْنِ، وَعِنْدَ النُّعَاس، وَشِدَّةِ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ،

وهو كذلك، لأن المقصود تشويش الفكر وهو لا يختلف بذلك، نعم تنتفي الكراهة إن دعت الحاجة إلى الحكم في الحال، وقد يتعين الحكم على الفور في صور كثيرة.

(و) **الثاني**: عند (الجوع. و) **الثالث**: عند (العطش) المفرطين وكذا عند الشبع المفرط، وأهمله المصنف.

(و) **الرابع**: عند (شدة الشهوة) أي التوقان إلى النكاح.

(و) **الخامس**: عند (الحزن) المفرط في مصيبة أو غيرها.

(و) **السادس**: عند (الفرح المفرط) ولو قال المفرطين لكان أولى؛ لأنه قيد في الحزن أيضاً كما مر.

(و) **السابع**: عند (المرض) المؤلم، كما قيد به في الروضة.

(و) **الثامن**: عند (مدافعة) أحد (الأخبثين) أي البول والغائط، ولو ذكر «أحد» كما قدرته في كلامه لكان أولى؛ لإفادة الاكتفاء به، وكراهته عند مدافعتهما بالأولى، وكذا يكره عند مدافعة الريح. كما ذكره الدميري. وأهمله المصنف.

(و) **التاسع**: عند (النعاس) أي غلبته. كما قيد به في الروضة.

(و) **العاشر**: عند (شدة الحر. و) شدة (البرد).

وأهمل المصنف عند الخوف المزعج، وعند الملال، وقد جزم بهما في الروضة.

وإنما كره القضاء في هذه الأحوال لتغير العقل والخلق فيها، فلو خالف وقضى فيها نفذ قضاؤه كما جزم به في الروضة، لقصة الزبير المشهورة، ولا ينفذ حكم القاضي لنفسه، لأنه من خصائصه ﷺ. ولا يحكم لرقيقه ولا لشريكه في المال المشترك بينهما للتهمة، ويحكم للقاضي ولمن ذكر معه الإمام، أو قاض آخر أو نائبه، وإذا أقر المدعى عليه عند القاضي أو نكل عن اليمين فحلف المدعي اليمين المردود وسأل القاضي أن يشهد على إقراره عنده في صورة الإقرار، أو على يمينه في صورة

وَلاَ يُسْأَلُ المُدَّعَى عَلَيْهِ إلاَّ بَعْدَ كَمَالِ الدَّعْوَى،

النكول، أو سأل الحكم بما ثبت عنده والإشهاد به لزمه إجابته، لأنه قد ينكر بعد ذلك.

(ولا يسأل) القاضي (المدعى عليه) الجواب أي لا يجوز له ذلك (إلا بعد كمال الدعوى) الصحيحة.

ويشترط لصحة كل دعوى ـ سواء كانت بدم أو غيره كغصب وسرقة وإتلاف ستة شروط:

الأول: أن تكون معلومة غالباً بأن يفصل المدعي ما يدعيه، كقوله في دعوى القتل: قتله عمداً أو شبه عمد أو خطأ، أفراداً أو شركة. فإن أطلق ما يدعيه كقوله: هذا قتل ابني، سُنَّ للقاضي استفصاله عما ذكر.

والثاني: أن تكون ملزمة، فلا تسمع دعوى هبة شيء أو بيعه أو إقرار به حتى يقول المدعي: وقبضته بإذن الواهب ويلزم البائع أو المقر التسليم.

والثالث: أن يعين مدعى عليه، فلو قال قتله أحد هؤلاء، لم تسمع دعواه لإبهام المدعى عليه.

والرابع والخامس: أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه غير حربي لا أمان له مكلفاً، ومثله السكران، فلا تصح دعوى حربي لا أمان له، ولا صبي، ولا مجنون، ولا دعوى عليهم.

والسادس: أن لا تناقضها دعوى أخرى، فلو ادعى على أحد انفراداً بالقتل، ثم ادعى على آخر شركة أو انفراداً لم تسمع الدعوى الثانية لأن الأولى تكذبها نعم إن صدقه الآخر فهو مؤاخذ بإقراره وتسمع الدعوى عليه[1] على الأصح في أصل الروضة، ولا يمكن من العودة إلى الأولى، لأن الثانية تكذبها.

---

(١) لا فائدة لاستماع الدعوى عليه بعد مؤاخذته بإقراره لأن الحق ثبت بالإقرار فالأولى حذف قوله: وتسمع الخ.

وَلَا يُحَلِّفُهُ إلَّا بَعْدَ سُؤَالِ المُدَّعِي.

وَلَا يُلَقِّنُ خَصْماً حُجَّةً، وَلَا يُفْهِمُهُ كَلَاماً، وَلَا يَتَعَنَّتُ بِالشُّهَدَاءِ، وَلَا يَقْبَلُ الشَّهَادَةَ إلَّا مِمَّنْ ثَبَتَتْ عَدَالَتُهُ،

(ولا يحلفه) أي لا يجوز للقاضي أن يحلف المدعى عليه (إلا بعد سؤال) أي طلب (المدعي) تحليفه[1] فلو حلفه[2] قبل طلبه لم يعتد به فعلى هذا يقول القاضي للمدعى حلفه وإلا فاقطع طلبك عنه قال ابن النقيب في مختصر الكفاية: ولو حلف بعد طلب المدعي وقبل أحلاف القاضي لم يعتد به، وصرح به القاضي حسين. انتهى..

تنبيه ـ قد علم مما ذكره المصنف أنه لا يجوز للقاضي الحكم على المدعى عليه إلا بعد طلب المدعي، وهو كذلك على الأصح في الروضة في باب القضاء على الغائب.

(ولا يلقن خصماً) منهما (حجة) يستظهر بها على خصمه: أي يحرم عليه ذلك لإضراره به (ولا يفهمه) أي واحداً منهما (كلاماً) يعرف به كيفية الدعوى وكيفية الجواب أو الإقرار أو الإنكار، لما مر. وخرج بقيد الخصم في كلامه الشاهد، فيجوز للقاضي تعريفه كيفيه أداء الشهادة كما صححه القاضي أبو المكارم والروياني وأقره عليه في الروضة خلافاً للشرف الغزي في ادعائه المنع منه، فلعله انتقل نظره من منع التلقين إلى ذلك، فإن القاضي لا يلقن الشاهد الشهادة كما جزم به في الروضة. (ولا يتعنت بالشهادة) أي لا يشق عليهم. كأن يقول لهم: لِمَ شهدتم؟ وما هذه الشهادة؟ ونحو ذلك مما يؤدي إلى تركهم الشهادة فيتضرر الخصم المشهود له بذلك. (ولا يقبل) القاضي (الشهادة) إذا لم يعرف عدالة الشاهد (إلا ممن ثبتت عدالته) عند حاكم، سواء أطعن الخصم فيه أم سكت، لأنه حكم بشهادة تتضمن تعديله، والتعديل لا يثبت

---

(١) لأن الحق في اليمين له فاحتيج لإذنه فإن حلفه قبل سؤاله لم يعتدّ به على الأصح وله بعد تحليفه إقامة البينة والشاهد مع اليمين ولو قال لا بينة لي وأطلق أو أراد لا حاضرة ولا غائبة أو كل بينة أقيمها باطلة أو كاذبة أو زور ثم أتى ببينة قبلت لأنه ربما لم يعرف أو نسي ثم عرف أو تذكر ولو قال: شهودي فسقة وعبيد ثم جاء بعدول فإن مضت مدة استبراء أو عتق قبلت شهادتهم.

(٢) هذا إشارة إلى أمر آخر وهو اشتراط تحليف القاضي أيضاً.

وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ عَدُوٍّ عَلَى عَدُوِّهِ،

إلا بالبينة وسيأتي بيان العدالة في فصل بعد ذلك. فإذا ثبتت عدالة الشاهد ثم شهد في واقعة أخرى قال في الروضة: إن لم يطل الزمان حكم بشهادته، ولا يطلب تعديله ثانياً وإن طال فوجهان أصحهما يطلب تعديله ثانياً، لأن طول الزمان يغير الأحوال، ثم يجتهد الحاكم في طوله وقصره، انتهى.

قال في الخادم: إن الخلاف في الطول في غير الشهود المرتبين عند الحاكم، أما هم فلا يجب طلب التعديل قطعاً، قاله الشيخ عز الدين في قواعده، انتهى ـ وهو حسن، وقال في العدة: إذا استفاض فسق الشاهد بين الناس فلا حاجة إلى البحث والسؤال. (ولا تقبل شهادة عدو على عدوه لحديث: «وَلاَ تَقْبَلُ شَهَادَةَ ذِي غِمْرٍ عَلَى أَخِيهِ»[1] رواه أبو داود وابن ماجه بإسناد حسن، والغمر ـ بكسر الغين ـ الغل والحقد، ولما في ذلك من التهمة.

تنبيه ـ المراد بالعدواة، العداوة الدنيوية الظاهرة، لأن الباطنة لا يطلع عليها إلا علام الغيوب، وفي معجم الطبراني أن النبيّ ﷺ قال: «سَيَأْتِي قَوْمٌ فِي آخِرِ الزَّمَانِ إِخْوَانُ الْعَلاَنِيَةِ أَعْدَاءُ السَّرِيرَةِ» بخلاف شهادته له إذ لا تهمة:

وَمَلِيحَةٌ شَهِدَتْ لَهَا ضَرَّاتُهَا وَالْفَضْلُ مَا شَهِدَتْ بِهِ الأَعْدَاءُ

وعدو الشخص: من يحزن بفرحه ويفرح بحزنه، وقد تكون العداوة من الجانبين، وقد تكون من أحدهما، فيختص برد شهادته على الآخرين، ولا يشترط ظهورها[2]، بل يكفي ما دلّ عليها من المخاصمة ونحوها، كما قاله البلقيني ناقلاً له عن نص المختصر. أما العداوة الدينية فلا توجب رد الشهادة. فتقبل شهادة المسلم

---

(١) أخرجه أبو داود ٤/ ٢٤ (٣٦٠٠) وابن ماجة ٢/ ٧٩٢ (٢٣٦٦) وعبدالرزاق ٨/ ٣٢٠ والدارقطني ٤/ ٢٤٤ والبيهقي في السنن ١/ ١٥٥.

(٢) هذا ينافي قوله الظاهرة إلا أن يراد بهذا غير ذلك بأن يراد ظهور آثارها كفرحه بحزنه وعكسه فالمراد بها فيما تقدم الظهور ولو باعتبار أماراتها كالمخاصمة والمراد هنا ظهورها في نفسها لأنها خفية لا يعلمها إلا الله.

وَلاَ شَهَادَةُ وَالِد لِوَلَدِهِ، وَلا وَلَدٍ لِوَالِدِهِ،

على الكافر. وشهادة السني على المبتدع. وتقبل من مبتدع[١] لا نكفره ببدعته كمنكري صفات الله تعالى[٢]، وخلقه أفعال عباده، وجواز رؤيته يوم القيامة[٣]، لاعتقادهم أنهم مصيبون في ذلك لما قام عندهم بخلاف من نكفره ببدعته، كمنكري حدوث العالم، والبعث والحشر للأجسام، وعلم الله بالمعدوم والجزئيات، لإنكارهم ما علم مجيء الرسول به ضرورة، فلا تقبل شهادتهم ولا شهادة من يدعو الناس إلى بدعته كما لا تقبل روايته بل أولى، ولا شهادة خطابي لمثله[٤] إن لم يذكر فيها ما ينفي احتمال اعتماده على قول المشهود له، لاعتقاده أنه لا يكذب، فإن ذكر فيها ذلك كقوله: رأيت أو سمعت أو شهد لمخالفة قبلت لزوال المانع. (ولا) تقبل (شهادة والد) وإن علا (لولده) وإن سفل (ولا) تقبل شهادة (ولد) وإن سفل (لوالده) وإن علا للتهمة ولو قال المصنف «لا تقبل شهادة الشخص لبعضه» لكان أخصر، وافهم كلامه قبول شهادة الوالد على ولده وعكسه. وهو كذلك لانتفاء التهمة.

---

(١) فيه أنه فاسق ببدعته إلا أن يقال شبهته فيها وهو تأويله تمنع فسقه وعبارة الشارح بعد قول المتن وللعدالة خمس شرائط والمراد بها أي بالكبائر غير الكبائر الاعتقادية التي هي البدع فإن الراجح قبول شهادة أهلها ما لم نكفرهم اهـ والمراد بقوله وتقبل من مبتدع أي إن لم يدع الناس لبدعته أخذاً من كلامه بعد وإن كان المعتمد أنها تقبل مطلقاً.

(٢) أي المعاني لأنّ نافي المعنوية يكفر للاتفاق عليها والمراد بإنكار المعاني إنكار زيادتها على الذات كأن يقول الله قادر بذاتها لا بصفة زائدة كما تقول المعتزلة وكيف يكفر منكر المعنوية مع أنها من الأحوال، والحق أن لا حال كما قاله كثير من العلماء. وأجيب بأنه يلزم من إنكارها ثبوت أضدادها وهو كفر ولا يلزم من نفي الحال نفي الصفات لأن الأحوال المنفية الأكوان أي كونه قادراً وكونه مريداً إلى آخرها، وأما الصفات وهو قادر مريد سميع إلى آخرها فلم ينكرها نافي الأحوال.

(٣) فإن قلت قوله تعالى ﴿وجوه يومئذ ناضرة إلى ربها ناظرة﴾ يدل على رؤيته تعالى في الآخرة فكيف يكون منكرها غير كافر. فأجاب عنه في شرح الكبرى عن الزمخشري بأن إلى مفرد آلاء وهي النعم فإلى ربها بمعنى نعمة ربها وهي مفعول مقدّم لقوله ناظرة أي ناظرة نعمة ربها.

(٤) الخطابية طائفة من الروافض منسوبون إلى أبي الخطاب محمد بن وهب الأجدع يتدينون بشهادة الزور لموافقيهم في العقيدة إذا حلف على صدق دعواه.

وَلاَ يُقْبَلُ كِتَابُ قَاضٍ إِلَى قَاضٍ آخَرَ فِي الأَحْكَامِ إِلاَّ بَعْدَ شَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ يَشْهَدَانِ بِمَا فِيهِ.

تنبيه ـ يستثنى من ذلك ما لو كان بينه وبين أصله أو فرعه عداوة، فإن شهادته لا تقبل له ولا عليه كما جزم به في الأنوار. وإذا شهد بحق لفرع أو أصل له وأجنبي، كأن شهد برقيق لهما قبلت الشهادة للأجنبي على الأصح من قولي تفريق الصفقة، وتقبل الشهادة من الزوجين من الآخر، لأن الحاصل بينهما عقد يطرأ ويزول، نعم لو شهد لزوجته بأن فلاناً قذفها لم تصح شهادته في أحد وجهين رجحه البلقيني، وكذا لا تقبل شهادته عليها بالزنا، لأنه يدعي خيانتها فراشه، ولا تقبل شهادة الشخص لأحد أصليه أو فرعيه على الآخر كما جزم به الغزالي. ويؤيده منع الحكم بين أبيه وأمه، وإن خالف ابن عبدالسلام في ذلك معللاً بأن الوازع الطبيعي[1] قد تعارض فظهر الصدق ولضعف التهمة، ولا تقبل تزكية الوالد لولده، ولا شهادته له بالرشد سواء أكان في حجره أم لا. وإن آخذناه بإقراره برشد ما في حجره.

تنبيه ـ قد علم من كلام المصنف أن ما عدا الأصل والفرع من حواشي النسب تقبل شهادة بعضهم لبعض، فتقبل شهادة الأخ لأخيه، وهو كذلك وكذا تقبل شهادة الصديق لصديقه، وهو من صدق ودادك بأن يهمه ما أهمك. قال ابن القاسم: وقليل ذلك: أي في زمانه، ونادر في زماننا أو معدوم.

(ولا يقبل) القاضي (كتاب قاض) كتب به (إلى قاض آخر) ولو غير معين. أي لا يعمل به (في) ما أنهاه من (الأحكام) كأن حكم فيه لحاضر على غائب بدين (إلا بعد شهادة شاهدين) على شهادة (يشهدان) عند من وصل إليه من القضاء (بما فيه) أي الكتاب من الحكم.

تنبيه ـ صورة الكتاب كما هو حاصل كلام الروضة. حضر فلان، وادعى على

---

(١) أي بأن الميل الطبيعي الذي في المشهود له المقتضي للتهمة ظاهراً كشهادته لأمه بدين على أبيه قد تعارض أي عارضه الميل الطبيعي الذي في المشهود عليه الذي لم يقتض التهمة بسبب شهادته عليه فتساقطا فكأنه لا ميل فلا يقال إن شهادته لأحدهما للميل الطبيعي فلا تقبل قال س ل فالوازع الطبيعي ما يحمل الإنسان على الشيء بطبعه فالمراد بالوازع الداعي والباعث.

. . . .

فلان الغائب المقيم ببلدة كذا بدين، وحكمت له بحجة أوجبت الحكم، وسألني أن أكتب إليك بذلك. فأجبته، وأشهدت بالحكم شاهدين، ويسميهما إن يعدلهما، وإلا فله ترك تسميتهما، ويسن ختمه بعد قراءته على الشاهدين بحضرته، ويقول: أشهدكما أني كتبت إلى فلان بما سمعتما. ويضعان خطهما فيه. ولا يكفيه أن يقول: أشهدكما أن هذا خطي، وأن ما فيه حكمي، ويدفع للشاهدين نسخة أخرى بلا ختم، ليطالعاها، ويتذكرا عند الحاجة، ويشهدان عند القاضي الآخر على القاضي الكاتب بما جرى عنده من ثبوت أو حكم، إن أنكر الخصم المحضر أن المال المذكور فيه عليه. فإن قال: ليس المكتوب اسمي، صدق بيمينه إن لم يعرف به، لأنه أخبر بنفسه، والأصل براءة الذمة، فإن عرف به لم يصدق، بل يحكم عليه، أو قال: «لست الخصم» وقد ثبت بإقراره أو بحجة أنه اسمه، حكم عليه إن لم يكن ثم من يشركه فيه أو كان ولم يعاصر المدعي: لأنه الظاهر أنه المحكوم عليه، فإن كان ثم من يشركه فيه وعاصر المدعي فإن مات أو أنكر الحق بعث المكتوب إليه الكاتب ليطلب من الشهود زيادة تمييز للمشهود عليه، ويكتبها وينهيها ثانياً لقاضي بلد الغائب، فإن لم يجد زيادة تمييز وقف الأمر حتى ينكشف فإن اعترف المشارك بالحق طولب به، ويعتبر أيضاً مع المعاصر إمكان المعاملة كما صرح به البندنيجي وغيره. . .

تـتمة ـ لو حضر قاضي بلد الغائب ببلد الحاكم للمدعي الحاضر فشافهه بحكمه على الغائب ـ أمضاه إذا عاد إلى محل ولايته، وهو حينئذ قضاء بعمله، بخلاف ما لو شافهه به في غير عمله فليس له إمضاؤه إذا عاد إلى محل ولايته كما قال الإمام، والغزالي. ولو قال قاضي بلد الحاضر وهو في طرف ولايته لقاضي بلد الغائب في طرف ولايته «حكمت بكذا على فلان الذي ببلدك» نفذه، لأنه أبلغ من الشهادة والكتاب في الاعتماد عليه. والإنهاء ـ ولو بغير كتاب بحكم ـ يمضي مطلقاً عن التقييد بفوق مسافة العدوى. والإنهاء بسماع حجة يقبل فيما فوق مسافة عدوى، لا فيما دونها. وفارق الإنهاء بالحكم بأن الحكم قد تم ولم يبق إلا الاستيفاء بخلاف سماع الحجة إذ يسهل إحضارها مع العرب. والعبرة بالمسافة بما بين القاضيين، لا بما بين القاضي المنهي والغريم، ومسافة العدوى: ما يرجع منها مبكراً إلى محله يومه

فَصْــلٌ

وَيَفْتَقِرُ الْقَاسِمُ إِلَى سَبْعِ شَرَائِطَ: الإِسْلَامُ، وَالْبُلُوغُ، وَالْعَقْلُ، وَالْحُرِّيَّةُ، والذُّكُورَةُ، وَالْعَدَالَةُ، وَالْحِسَابُ،

المعتدل، وسميت بذلك، لأن القاضي يعدي: أي يعين من طلب خصماً منها على إحضاره، ويؤخذ من تعليلهم السابق أنه لو عسر إحضار الحجة مع القرب بنحو مرض ـ قبل الإنهاء كما ذكره في المطلب.

فَصْــلٌ فِي الــقِسْمَةِ

بكسر القاف. وهي تمييز بعض الأنصباء من بعض والقسام: الذي يقسم الأشياء بين الناس. قال لبيد:

فَــأَرْضَ بِمَــا قَسَــمَ الْمَلِيــكُ فَــإِنَّمَــا قَسَــمَ الْمَعِيشَــةَ بَيْنَنَــا قَسَّــامُهَــا

والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ﴾ [النساء: ٨] الآية. وكان ﷺ «يُقَسِّمُ الْغَنَائِمَ بَيْنَ أَرْبَابِهَا»(١) رواه الشيخان، والحاجة داعية إليها، ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف في ملكه على الكمال، ويتخلص من سواء المشاركة واختلاف الأيدي.

(ويفتقر القاسم) أي الذي ينصبه الإمام أو القاضي (إلى سبعة شرائط) وزيد عليها شرائط أخرى كما ستعرفها. وهي (الإسلام، والبلوغ، والعقل، والحرية، والذكورة، والعدالة) لأن ذلك ولاية، ومن لم يتصف بما ذكر ليس من أهل الولاية، وعلم المساحة (و) علم (الحساب) لاستدعائها للمساحة. من غير عكس، وإنما اشترط علمهما، لأنهما آلة القسمة، كما أن الفقه آلة القضاء. واعتبر الماوردي وغيره مع ذلك أن يكون عفيفاً عن الطمع، حتى لا يرتشي ولا يخون. واقتضاه كلام الأم. وهل يشترط فيه معرفة التقويم فيه؟ وجهان أوجههما لا يشترط كما جرى عليه ابن المقري، وقال الإسنوي: جزم باستحبابه القاضيان: البندنيجي وأبو الطيب وابن الصباغ وغيرهم.

---

(١) ذكره ابن الملقن ٢/ ٤٣٧ وقال: متفق عليه من رواية جابر.

فَإِنْ تَرَاضَى الشَّرِيكَانِ بِمَنْ يَقْسِمُ بَيْنَهُمَا لَمْ يُفْتَقَر إِلَى ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ فِي الْقِسْمَةِ تَقْوِيمٌ لَمْ يُقْتَصَرْ فِيهِ عَلَى أَقَلَّ مِنَ اثْنَيْنِ.

تنبيه ـ لو قال المصنف ـ بدل العدالة «تقبل شهادته» لاستفيد منه اشتراط السمع والبصر والنطق والضبط. إذ لا بد[١] من ذلك، واستغنى عن ذكر الإسلام والبلوغ والعقل، بل ويستغنى عن ذكر ذلك أيضاً بالعدالة.

وإذا لم يكن القاسم منصوباً من جهة القاضي ـ فأشار إليه بقوله: (فإن تراضيا) وفي نسخة فإن تراضى (الشريكان) أي المطلقان التصرف (بمن يقسم بينهما) من غير أن يحكماه في المال المشترك (لم يفتقر) أي هذا القاسم (إلى) أي للشروط المذكورة، لأنه وكيل عنهما، لكن يشترط فيه التكليف. فإن كان محجوراً عليه فقاسم عنه وليه اشترط مع التكليف العدالة، أما محكمهما[٢] فهو كمنصوب القاضي فيشترط فيه الشروط المذكورة.

(وإن كان في القسمة تقويم) هو مصدر قوم السلعة: قدر قيمتها (لم يقتصر فيه على أقل من اثنين)، لاشتراط العدد في المقوم، لأن التقويم شهادة بالقيمة، فإن لم يكن فيه تقويم فيكفي قاسم واحد، وإن كان فيه خرص، وهو الأصح، لأن الخارص[٣] يجتهد ويعمل باجتهاد، فكان كالحاكم. ولا يحتاج القاسم إلى لفظ الشهادة. وإن وجب تعدده، لأنها تستند إلى عمل محسوس، للإمام جعل القاسم حاكماً في التقويم فيعمل فيه بعدلين ويقسم بنفسه، وللقاضي الحكم في التقويم بعلمه، ويجعل الإمام رزق منصوبه إن لم يتبرع به من بيت المال إذا كان فيه سعة وإلا فأجرته على الشركاء، لأن العمل لهم، فإن استأجروه وسمى كل منهم قدراً لزمه، وإن سموا أجرة مطلقة في إجارة صحيحة أو فاسدة فالأجرة موزعة على قدر الحصص المأخوذة، لأنها من مؤن

---

(١) يتأمل هذا التعليل فإنه لا يصح أن يكون تعليلاً للاشتراط لما يلزم عليه من تعليل الشيء بنفسه. وأجيب بأنه علة لقوله لاستفيد منه الخ.

(٢) الفرق بين من حكماه ومن تراضيا به من غير تحكيم أنهما لما حكماه جعلاه بمنزلة الحاكم يلزمهما الرضا بما فعله بخلاف من تراضيا عليه لا يلزمهما الرضا بحكمه.

(٣) أي والمقوّم يخبر بقيمة الشيء فهو كالشاهد فهذا هو الفرق.

وَإِذَا دَعَا أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ شَرِيكَهُ إِلى قِسْمَةِ مَا لَا ضَرَرَ فِيهِ لَزِمَ الآخَرَ إِجَابَتُهُ.

الملك، ثم ما عظم ضرر قسمته: إن بطل نفعه بالكلية كجوهرة وثوب نفيسين منعهم الحاكم منها، وإن لم يبطل نفعه بالكلية، كأن نقص نفعه، أو بطل نفعه المقصود منه، لم يمنعهم ولم يجبهم، فالأول كسيف يكسر، والثاني كحمام وطاحون صغير، فلا يمنعهم، ولا يجيبهم، ولو كان عشر دار مثلاً لا يصلح للسكنى والباقي آخر يصلح لها أجبر صاحب العشر على القسمة بطلب الآخر، لا عكسه. وما لا يعظم ضرر قسمته فقسمته أنواع ثلاثة. وهي الآتية، لأن المقسوم إن تساوت الأنصباء منه صورة وقيمة فهو الأول[1] وإلا فإن لم يحتج إلى رد شيء، فالثاني وإلا، فالثالث.

النوع الأول: القسمة بالأجزاء[1]، وتسمى قسمة المتشابهات، وإلى هذا النوع، والنوع الثاني[3] أيضاً أشار المصنف بقوله: (وإذا دعا أحد الشريكين شريكه إلى قسمة ما لا ضرر فيه (كمثلي من حبوب ودراهم وأدهان وغيرها ودار مثقفة الأبنية[4]، وأرض مستوية الأجزاء[5] (لزم) شريكه (الآخر) المطلوب إلى القسمة (إجابته) إذ لا ضرر عليه

---

(١) هو قسمة الإفراز وقوله فالثاني أي قسمة التعديل وقوله فالثالث أي الرد.

(٢) يصح قسمة الإفراز فيما تعلقت الزكاة به قبل إخراجها ثم يخرج كل زكاة ما آل إليه ولا تتوقف صحة تصرفه على إخراج الزكاة.

(٣) أما النوع الثالث فلم يدخل في كلامه لأنه لا إجبار فيه كما يأتي وقد قال هنا لزم الآخر إجابته. والحاصل أن قوله وإلى هذا النوع والنوع الثاني يقتضي أن القسمين داخلان في المتن مع أن الشارح سيذكر القسم الثاني بقوله النوع الثاني الخ. الجواب أن ذكر الشارح له زيادة إيضاح وبيان لأمثلته وفروعه.

(٤) قال في شرح العباب بأن كان في جانب منها بيت وصفة وفي الجانب الآخر كذلك والعرصة مستوية الأجزاء.

(٥) أي متساوية في القوة والضعف ليس فيها نحو زرع فتقسم وحدها ولو إجباراً فإن كان فيها زرع لم تصح قسمته وحده ولا قسمتهما معاً نعم إن كان لم يبد صلاحه جازت قسمتهما معاً بالتراضي ويجوز قسمة الكتان بعد نفض رؤوسه ومعياره الوزن قال شيخنا ويصح قسمة الثمر على الشجر من نخل وعنب خرصاً ولا يصح قسمة غيرهما وشملت الأرض شركة الوقف ولو مسجداً فتجوز قسمتها معه في هذا النوع دون غيره على المعتمد ق ل وانظره مع ما تقدم تقريباً من أنه لا تصح قسمة الوقف إلا أن يحمل كلامه على غير قسمة الإفراز.

. . . .

فيها، فيجزأ ما يقسم كيلاً في المكيل، إن استوت، ويكتب مثلاً هنا وفيما يأتي من بقية الأنواع في كل رقعة أما اسم شريك من الشركاء، أو جزء من الأجزاء، مميزاً على البقية بحد أو غيره، وتدرج رقع في بنادق من نحو طين مستوية، ثم يخرج من لم يحضر الكتابة والأدراج رقعة إما على الجزء الأول إن كتبت الأسماء، أو على اسم زيد مثلاً إن كتبت الأجزاء، فيعطى ذلك الجزء، ويفعل ذلك في الثانية. وتتعين الثالثة للباقي إن كانت الرقع ثلاثة، فإن اختلف الأنصباء: كنصف وثلث وسدس، جزىء ما يقسم على أقلها، ويجتنب إذا كتبت الأجزاء تفريق حصة واحد، بأن لا يبدأ بصاحب السدس.

النوع الثاني: القسمة بالتعديل، بأن تعدل السهام بالقيمة كأرض تختلف قيمة أجزائها بنحو قوة إنبات وقرب ماء، أو يختلف جنس ما فيها كبستان بعضه نخل وبعضه عنب، فإذا كانت لاثنين نصفين وقيمة ثلثهما المشتمل على ما ذكر كقيمة ثلثيها الخاليين عن ذلك الثلث سهماً والثلثان سهماً وأقرع كما مر، ويلزم شريكه الآخر إجابته. كما شمل ذلك عبارة المصنف كما مرت الإشارة إليه إلحاقاً للمتساوي في القيمة بالمتساوي في الأجزاء في الأرض المذكورة، نعم إن أمكن قسم الجيد وحده، والرديء وحده لم يلزمه فيها إجابته، كأرضين يمكن قسمة كل أرض منهما بالأجزاء فلا يجبر على التعديل كما بحثه الشيخان، وجزم به جمع منهم الماوردي والروياني.

ويجبر على قسمة التعديل[1] في منقولات نوع لم يختلف، متقومة كعبيد وثياب من نوع، إن زالت الشركة بالقسمة كثلاثة أعبد زنجية متساوية القيمة بين ثلاثة، وعلى

---

(١) أشار به إلى أنها تجري في العقار والمنقول وقد اشتملت هذه المسألة على قيود خمسة قوله منقولات وقوله نوع وقوله لم يختلف وقوله متقوّمة وقوله إن زالت الشركة مثال ذلك ما قاله الشارح وإنما كان ذلك من قسمة التعديل مع كون الجنس واحداً والقيمة مستوية نظراً لاختلاف الصورة فخرج بمنقولات العقارات ففيها تفصيل إن كانت متفقة الأجزاء والقيمة فهي إفراز وإلا فتعديل وخرج بنوع منقولات أنواع كعبيد تركي وهندي وحبشي فلا إجبار في ذلك وخرج بقوله لم يختلف ما لو اختلف كضائنتين مصرية وشامية فلا إجبار في ذلك وخرج بمتقوّمة المثلية فإنها إفراز لا تعديل وإن كان فيها إجبار لا يمنع من الإجبار الاشتراك في نحو الممر ولا في نحو سطح بين سفل وعلو.

فَصْــلٌ

قسمة التعديل أيضاً في نحوِ دكاكين صغار متلاصقة: مما لا يختلف في كل منها القسمة أعياناً، إن زالت الشركة بها للحاجة. بخلاف نحو الدكاكين الكبار والصغار غير المتلاصقة لشدة اختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنية.

النوع الثالث: القسمة بالرد، بأن يحتاج في القسمة إلى رد مال أجنبي كأن يكون بأحد الجانبين من الأرض نحو بئر كشجر لا يمكن قسمته، فيرد آخذه بالقسمة، قسط قيمة نحو البئر فإن كان ألفاً وله النصف رد خمسمائة، ولا إجبار في هذا النوع، لأن فيه تمليكاً لما لا شركة فيه، فكان كغير المشترك، وشرط لقسمة ما قسم بتراض من قسمة رد وغيرها رضا بها بعد خروج قرعة.

والنوع الأول إفراز للحق لا بيع، والنوعان الآخران بيع، وإن أجبر على الأول منهما كما مر. ولو ثبت بحجة غلط أو حيف، في قسمة إجبار أو قسمة تراض ـ وهي بالأجزاء ـ نقضت القسمة بنوعيها، فإن لم تكن بالأجزاء بأن كانت بالتعديل أو الرد لم تنقض، لأنها بيع، وإن لم يثبت ذلك فله تحليف شريكه. ولو استحق بعض مقسوم معيناً وليس سواء بطلت القسمة، لاحتياج أحدهما إلى الرجوع على الآخر، وتعود الإشاعة، وإن استحق بعضه شائعاً بطلت فيه. لا في الباقي.

تتمة ـ لو ترافع الشركاء إلى قاض في قسمة ملك بلا بينة لم يجبهم، وإن لم يكن لهم منازع، وقيل: يجيبهم، وعليه الإمام وغيره.

وفي بعض النسخ أن هذا الفصل مقدم على الذي قبله.

والدعوى في اللغة: الطلب والتمني، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَهُمْ مَا يَدَّعُونَ﴾ [يس: ٥٧] وشرعاً: إخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم.

والبيانات جمع بينة، وهم الشهود، سموا بذلك لأن بهم يتبين الحق، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ﴾ [النور: ٤٨] وأخبار كخبر مسلم: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لادَّعَى نَاسٌ

إِذَا كَانَ مَعَ الْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ سَمِعَهَا الْحَاكِمُ، وَحَكَمَ لَهُ بِهَا، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِيَمِينِهِ

دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»[١] وروى البيهقي بإسناد حسن: «وَلَكِنِّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ».

والذي يتعلق بهذا الفصل خمسة أمور، الدعوى وجوابها، واليمين والبينة والنكول، وتقدم شرط صحة الدعوى، فيما قبل ذلك، وأن لها ستة شروط، وأما الأربعة فمدمجة من كلام المصنف كما ستراه.

والمدعي: من خالف قوله الظاهر، والمدعى عليه من وافقه، فلو قال الزوج وقد أسلم هو زوجته قبل وطء «أسلمنا معاً، فالنكاح باق»، وقالت «بل مرتباً، فلا نكاح» فهو مدع وهي مدعى عليها.

(فإذا كان مع المدعي بينة) بما ادعاه (سمعها الحاكم، وحكم له بها) إن كانت معدلة، فيشترط في غير عين ودين كقود وحد قذف ونكاح ورجعة ولعان ـ دعوى عند حاكم ولو محكماً، فلا يستقل صاحبه باستيفائه، نعم لو استقل المستحق لقود باستيفائه ـ وقع الموقع وإن حرم وخرج بذلك ـ العين والدين، ففيهما تفصيل وهو: إن استحق شخص عند آخر ـ اشترط الدعوى بها عند حاكم، إن خشي بأخذها ضرراً تحرز عنه، وإلا فله أخذها استقلالاً للضرورة[٢]، وإن استحق ديناً على ممتنع من أدائه طالبه به (فإن لم تكن) معه (بينة) معدلة (فالقول) حينئذ (قول المدعى عليه) لموافقة الظاهر، ولكن (بيمينه) في غير القسامة في دعوى الدم، إذ اليمين هناك في جانب المدعي، لوجود اللوث كما تقدم هناك، وله حينئذ أن يأخذ من مال الدعي عليه بغير مطالبة جنس حقه، وإذا أخذه ملكه إن كان بصفته، فإن تعذر عليه جنس حقه، أو لم يجد جنس حقه بصفته ـ أخذ غيره مقدماً النقد على غيره، فيبيعه مستقلاً كما يستقل بالأخذ،

---

(١) أخرجه البخاري ٨/ ٢١٣ (٤٥٥٢) ومسلم ٣/ ١٣٣٦ (١ ـ ١٨١١).

(٢) انظر وجه الضرورة والأولى حذفه لأنه يصلح تعليلاً للأول لا لهذا نعم إن لم يكن معه بينة اتجهت الضرورة حينئذ وعبارة ح ل قوله للضرورة أي المؤنة ومشقة الرفع للقاضي.

فَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ رُدَّتْ عَلَى الْمُدَّعِي، فَيَحْلِفُ وَيَسْتَحِقُّ،

ولما في الرفع إلى الحاكم من المؤنة، هذا حيث لا حجة له وإلا فلا بيع إلا بإذن الحاكم، ولمن جاز له الأخذ فعل ما لا يصل للمال إلا به، ككسر باب ونقب جدار، وظاهر أن محل ذلك إذا كان ملكاً للمدين ولم يتعلق به حق لازم كرهن وإجارة والمأخوذ مضمون على الآخذ إن تلف قبل تملكه ولو بعد البيع، لأنه أخذه لغرض نفسه كالمستلم وإن كان الدين على غير ممتنع من أدائه طالبه به، فلا يأخذ شيئاً له بغير مطالبة، ولو أخذه لم يملكه، ولزمه رده ويضمنه إن تلف عنده.

(فإن نكل) المدعى عليه أي امتنع (عن اليمين) بعد عرضها عليه، كأن قال: أنا ناكِلٌ، أو يقول له القاضي: احلف، فيقول: لا أحلف، أو يسكت لا لدهشة وغباوة (ردت) أي اليمين حينئذ (على المدعي) لأنه ﷺ ردها على صاحب الحق كما رواه الحاكم وصححه، وكذا فعل عمر رضي الله تعالى عنه بمحضر من الصحابة رضي الله تعالى عنهم من غير مخالفة كما رواه الشافعي رضي الله تعالى عنه (فيحلف) المدعي إن اختار ذلك (ويستحق) المدعى به بيمينه، لا بنكول خصمه، وقول القاضي للمدعي: «احلف» نازل منزلة الحكم بنكول المدعى عليه، كما في الروضة كأصلها، وإن لم يكن حكم بنكوله حقيقة، وبالجملة فللخصم بعد نكوله العود إلى الحلف ما لم يحكم بنكوله حقيقة أو تنزيلاً، وإلا فليس له العود إليه إلا برضا المدعي ويبين القاضي حكم النكول للجاهل به، بأن يقول له: إن نكلت عن اليمين حلف المدعي، وأخذ منك الحق، فإن لم يفعل وحكم بنكوله نفذ حكمه، لتقصيره بترك البحث عن حكم النكول.

ويمين الرد ـ وهي يمين المدعي بعد نكول خصمه ـ كإقرار الخصم لا كالبينة، لأنه يتوصل باليمين بعد نكوله إلى الحق، فأشبه إقراره به، فيجب الحق بعد فراغ المدعي من يمين الرد من غير افتقار إلى حكم كالإقرار. ولا تسمع بعدها حجة بمسقط كأداة أو إبراء، فإن لم يحلف المدعي يمين الرد ولا عذر له ـ سقط حقه من اليمين والمطالبة لإعراضه عن اليمين. ولكن تسمع حجته. فإن أبدى عذراً: كإقامة حجة، وسؤال فقيه، ومراجعة حساب ـ أمهل ثلاثة أيام فقط، لئلا تطول مدافعته. والثلاثة مدة

وَإِذَا تَدَاعَيَا شَيْئاً فِي يَدِ أَحَدِهِمَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْيَدِ بِيَمِينِهِ،

مغتفرة شرعاً، ويفارق جواز تأخير الحجة أبداً بأنها قد لا تساعده ولا تحضر واليمين إليه، وهل هذا الإمهال واجب أو مستحب؟ وجهان، والظاهر الأول. ولا يمهل خصمه لعذر حتى يستحلف إلا برضا المدعي، لأنه مقهور بطلب الإقرار أو اليمين، بخلاف المدعي. وإن استمهل الخصم في ابتداء الجواب لعذر أمهل إلى آخر المجلس إن شاء القاضي، وقيل إن شاء المدعي، والأول هو ما جرى عليه ابن المفرق. وهو الظاهر، لأن المدعي لا يتقيد[١] بآخر المجلس. ومن طولب بجزية فادعى مسقطاً كإسلامه[٢] قبل تمام الحول. فإن وافقت دعواه الظاهر كأن كان غائباً فحضر وادعى ذلك وحلف فذاك وإن لم نوافق الظاهر بأن كان عندنا ظاهراً ثم ادعى ذلك، أو وافقه ونكل ـ طولب بها. وليس ذلك قضاء بالنكول[٣]، بل لأنها وجبت، ولم يأت بدافع. أو بزكاة فادعى المسقط كدفعها لساع آخر ـ لم يطالب بها وإن نكل عن اليمين، لأنها مستحبة، ولو ادعى ولي صبي أو مجنون حقاً له على شخص فأنكر ونكل ـ لم يحلف الولي وإن ادعى ثبوته بسبب مباشرته بل ينتظر كماله، لأن إثبات الحق لغير الحالف بعيد.

(وإن تداعيا) أي الخصمان: أي ادعى كل منهما (شيئاً) أي عيناً وهي (في يد أحدهما)[٤] ولا بينة لواحد منهما (فالقول) حينئذ (قول صاحب اليد بيمينه) أنها ملكه،

---

(١) أي لا يتقيد إمهاله بآخر المجلس بل له أن يؤخر الدعوى متى شاء.

(٢) جعل الإسلام مسقطاً مبني على وجوب الجزية بانقضاء الحول وهو طريقة والمعتمد أنها تجب بالعقد وعليه فالإسلام في أثناء الحول يقسطها لا يسقطها إلا أن يقال ادعاء المسقط يصدق بدعوى سقوط بعضها.

(٣) المعنى ليس المطالبة بالجزية ولزومها له بسبب النكول بل لأنها وجبت واشتغلت ذمته بها ولم يأت بدافع فلا ينافي ما قدمه في الدعوى الخاصة بخصم معين لأنه لا يثبت الحق إلا بيمين الرد فلا يثبت بالنكول قبلها. والفرق أن الحق هنا ثابت وهو يدعي مسقطاً والأصل عدمه فليس فيه قضاء بمجرد النكول.

(٤) المراد اليد المتأصلة ليخرج ما لو أخذ شخص شيئاً من إنسان ثم ادّعاه لنفسه وادّعى من كانت اليد له قبل ذلك أنه له فالقول قوله وإن لم تكن له اليد الآن وكذا لو أخذ من إنسان ألفاً وقد أقرّ لي بها أو كانت عنده أمانة وأنكر الآخر وادّعى ملكه لها فالقول قوله وإن لم تكن العين بيده وكذا لو كان له دار فأكراها فادّعى المكتري شيئاً ثابتاً فيها أنه له وقال المكري هو ملكي فالقول قول المكري =

فَإِنْ كَانَ فِي يَدَيْهِمَا تَحَالَفَا وَجُعِلَ بَيْنَهُمَا

إذا اليد من الأسباب المرجحة (فإن كان) المدعى به وهو العين (في يديهما) ولا بينة لهما (تحالفا) على النفي فقط على النص. (وجعل) ذلك (بينهما) نصفين، لقضائه ﷺ بذلك. كما صححه الحاكم على شرط الشيخين، ولو أقام كل من المدعيين بينة بما ادعاه ـ وهو بيد ثالث ـ سقطتا، لتناقض موجبهما، فيحلف لكل منهما يميناً، وإن أقر به لأحدهما عمل بمقتضى إقراره، أو بيدهما، أو لا بيد أحد فهو لهما إذ ليس أحدهما بأولى به من الآخر، أو بيد أحدهما ـ ويسمى الداخل ـ رجحت بينته وإن تأخر تاريخها، أو كانت شاهداً ويميناً، وبينة الخارج شاهدين، أو لم تبين سبب الملك من شراء أو غيره ترجيحاً لبينة ما بيده. هذا إن أقامها بعد بينة الخارج، ولو قبل تعديلها، لأنها إنما تسمع بعدها، لأن الأصل في جانبه اليمين، فلا يعدل عنها ما دامت كافية ولو أزيلت يد ببينة، وأسندت بينة الملك إلى ما قبل إزالة يده، واعتذر بغيبها مثلاً فإنها ترجح، لأن يده إنما إزيلت لعدم الحجة وقد ظهرت، لكن لو قال الخارج: هو ملكي اشتريته منك، فقال الداخل: بل هو ملكي وأقاما بينتين بما قالاه. رجح الخارج لزيادة علم بينته بما ذكر، فلو أزيلت يده بإقراره لم تسمع دعواه به بغير ذكر انتقال، لأنه مؤاخذ بإقراره، نعم لو قال: «وهبته له وملكه» لم يكن إقراراً بلزوم الهبة لجواز اعتقاده لزومها بالعقد، ذكره في الروضة كأصلها، ويرجح بشاهدين، أو بشاهد وامرأتين لأحدهما، على شاهد مع يمين للآخر، لأن ذلك حجة بالإجماع، وأبعد عن تهمة الحالف بالكذب في يمينه، إلا أن يكون مع الشاهد يد فيرجح بها على من ذكر. ولا يرجح بزيادة شهود لأحدهما ولا برجلين على رجل وامرأتين، ولا على أربع نسوة

= وإن لم تكن العين بيده لأن اليد في الأصل له بخلاف المنقول إذا تداعياه فالقول قول المكتري وفي شرح م ر ولو أخذ ثوباً من دار وادّعى ملكه فقال ربها بل هو ثوبي أمر الآخذ بردّ الثوب حيث لا بينة لأن اليد لصاحب الدار كما لو قال قبضت منه ألفاً لي عليه أو عنده فأنكر فإنه يؤمر بردّه له ولو قال أسكنته داري ثم أخرجته منها فاليد للساكن لإقرار الأول له بها فيحلف أنها له وليس قوله زرع لي تبرعاً أو بإجارة إقراراً له بيد ولو تنازع مكتر ومكر في متصل بالدار كرفّ أو سلم مسمر حلف الثاني أو منفصل كمتاع فالأول للعرف وما اضطرب فيه يكون بينهما إن تحالفا لانتفاء المرجح.

وَمَنْ حَلَفَ عَلَى فِعْلِ نَفْسِهِ حَلَفَ عَلَى الْبَتِّ، وَالْقَطْعِ، وَمَنْ حَلَفَ عَلَى فِعْلِ غَيْرِهِ، فَإِنْ كَانَ إِثْبَاتاً حَلَفَ عَلى الْبَتِّ وَالْقَطْعِ وَإِنْ كَانَ نَفياً حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ.

لكمال الحجة في الطرفين، ولا بينة مؤرخة على بينة مطلقة ويرجح بتاريخ سابق والعين بيدهما، أو بيد غيرهما أو لا بيد أحد. ورجحت بينة ذي الأكثر، لأن الأخرى لا تعارضها فيه، ولصاحب التاريخ السابق أجرة، وزيادة حادثة من يوم ملكه بالشهادة، لأنهما نماء ملكه. ويستثنى من الأجرة ما لو كانت العين بيد البائع قبل القبض فلا أجرة عليه للمشتري على الأصح.

(ومن حلف على فعل نفسه) إثباتاً أو نفياً ولو بظن مؤكداً كأن يعتمد فيه الحالف على خطه أو خط مورثه (حلف على البت) بالمثناة ـ وهو القطع والجزم، مأخوذ من قولهم «بت الحبل» إذا قطعه، فقوله حينئذ: (والقطع عطف تفسير، لأنه يعلم حال نفسه. ويطلع عليها، فيقول في البيع والشراء في الإثبات: واللَّه لقد بعت بكذا أو اشتريت بكذا، وفي النفي: واللَّه ما بعت بكذا أو اشتريت بكذا.

(ومن حلف على فعل نفسه) ثباتاً أو نفياً ولو بظن مؤكداً: كان يعتمد حلف) حينئذ (على البت والقطع) لسهولة الاطلاع عليه (وإن كان) فعله (نفياً) مطلقاً (حلف) حينئذ (على نفي العلم) أي أنه لا يعلم، فيقول: واللَّه ما علمت أنه فعل كذا، لأن النفي المطلق يعسر الوقوف عليه، ولا يتعين فيه ذلك، فلو حلف على البت اعتد به كما قاله القاضي أبو الطيب وغيره، لأنه قد يعلم ذلك. أما النفي المحصور فكالإثبات في إمكان الإحاطة به، كما في آخر الدعاوى من الروضة، فيحلف فيه على البت.

تنبيه ـ ظاهر كلام المصنف حصر اليمين في فعله وفعل غيره، وقد تكون اليمين على تحقيق موجود، لا إلى فعل ينسب إليه ولا إلى غيره، مثل أن يقول لزوجته: إن كان هذا الطائر غراباً فأنت طالق، فطار ولم يعرف، فادعت أنه غراب فأنكر، فقد قال الإمام: إنه يحلف على البت، قال الشيخان تبعاً للبندنيجي وغيره: والضابط أن يقال: كل يمين فهي على البت، إلا على فعل الغير، ولو ادعى ديناً لمورثه فقال المدعى عليه: أبرأني مورثك منه وأنت تعلم ذلك، حلف المدعي على نفي العلم بالبراءة مما ادعاه، لأنه حلف على نفي فعل غيره، ولو قال: جنى عبدك علي بما يوجب كذا وأنكر، فالأصح حلف السيد على البت، لأن عبده ـ ماله وفعله كفعله، ولذلك سمعت

. . . .

الدعوى عليه، ولو قال: جنت بهيمتك على زرعي مثلاً فعليك ضمانه، فأنكر مالكها، حلف على البت، لأنه لا ذمة لها وضمان جنايتها بتقصيره في حفظها لا بفعلها، وتعتبر نية القاضي المستحلف للخصم، فلو ورى الحالف في يمينه بأن قصد خلاف ظاهر اللفظ، أو تأول بأن اعتقد الحالف خلاف نية القاضي ـ لم يدفع إثم اليمين الفاجرة، لأن اليمين شرعت ليهاب الخصم الإقدام عليها خوفاً من الله تعالى، فلو صح تأويله لبطلت هذه الفائدة.

تتمة ـ يسن تغليظ يمين مدع إذا حلف مع شاهده أو ردت اليمين عليه، ويمين مدعى عليه وإن لم يطلب الخصم تغليظها فيما ليس بمال ولا يقصد به مال كنكاح، وطلاق ولعان وفي مال يبلغ نصاب زكاة نقد عشرين مثقالاً ذهباً أو مائتي درهم فضة أو ما قيمته ذلك.

والتغليظ يكون بالزمان والمكان كما مر في اللعان. وبزيادة أسماء وصفات كأن يقول: واللَّه الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمٰن الرحيم الذي يعلم السر والعلانية، وإن كان الحالف يهودياً حلفه القاضي باللَّه الذي أنزل التوراة على موسى ونجاه من الغرق، أو نصرانياً حلَّفه باللَّه الذي أنزل الإنجيل على عيسى، أو مجوسياً أو وثنياً حلَّفه باللَّه الذي خلقه وصوره.

ولا يجوز لقاض أن يحلف أحداً بطلاق أو عتق أو نذر، كما قاله الماوردي وغيره، قال الشافعي رضي الله عنه: ومتى بلغ الإمام أن قاضياً يستحلف الناس بطلاق أو عتق أو نذر عزله عن الحكم، لأنه جاهل. وقال ابن عبدالبر: لا أعلم أحداً من أهل العلم يرى الاستحلاف بذلك. ولا يحلف قاض على تركه ظلماً في حكمه، ولا شاهد أنه لم يكذب في شهادته، ولا مدع صباً ولو احتمالاً، بل يهمله حتى يبلغ، إلا كافراً مسبياً أنبت وقال: تعجلت إنبات العانة فيحلف لسقوط القتل.

واليمين من الخصم تقطع الخصومة حالاً، لا الحق، فتسمع بينة المدعي بعد حلف الخصم، ولو ادعى رق غير صبي ومحنون ومجهول نسب، فقال: أنا حر أصالة، صدق بيمينه، لأن الأصل الحرية، وعلى المدعي البينة، ولو ادعى رق صبي أو مجنون

فَصْـــلٌ

وَلاَ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ إِلاَّ مِمَّن اجْتَمَعَتْ فِيهِ خَمْسُ خِصَالٍ:

وليسا بيده لم يصدق إلا بحجة، أو بيده وجهل لفظهما حلف، وحكم له برقهما، لأنه الظاهر من حالهما، وإنكارهما بعد كمالهما لغو، فلا بد لهما من حجة. ولا تسمع دعوى بدين مؤجل، وإن كان به بينة، إذ لا يتعلق بها إلزام في الحال، فلو كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً صحت الدعوى به، لاستحقاق المطالبة ببعضه كما قاله الماوردي.

فَصْـلٌ فِي الـشَّهَـادَاتِ(١)

جمع شهادة، وهي إخبار عن شيء بلفظ خاص.

والأصل فيها قبل الإجماع آيات كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وأخبار، كخبر الصحيحين: «لَيْسَ لَكَ إِلاَّ شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ»(٢) وخبر أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سُئِلَ عَنِ الشَّهَادَةِ فَقَالَ لِلسَّائِلِ «تَرَى الشَّمْسَ» قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: «عَلَى مِثْلِهَا فَٱشْهَدْ أَوْ دَعْ»(٣) رواه البيهقي والحاكم وصحح إسناده.

وأركانها خمسة(٤): شاهد، ومشهود له، ومشهود عليه، ومشهود به، وصيغة.

ثم شرع في شروط الركن الأول فقال: (ولا تقبل الشهادة) عند الأداء (إلا ممن اجتمعت فيه خمس) بل عشر(٥) (خصال) كما ستعرفها:

---

(١) ذكرها بعد الدعوى لأنها تكون بعدها ومن قدم الشهادة نظر للتحمل لأنه يكون قبل الدعوى.

(٢) ذكره ابن حجر في التلخيص ١٩٨/٤ والحديث أخرجه البخاري (٢٣٥٦) ومسلم (١٣٨).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن ١٥٦/١٠ والحاكم ٩٨/٤ وصححه وتعقبه الذهبي فقال: واهٍ معمر وقال ابن عدي كان يسرق الحديث وابن مسمول ضعفه غير واحد.

(٤) أي في غير هلال رمضان ونحوه مما الغرض منه تحقيق الفرض إذ لا مشهود عليه ولا له فيه وكلها تؤخذ من كلامه فمن هنا يؤخذ الشاهد ومن قوله فيما يأتي والحقوق ضربان المشهود به ومن قوله حق الله وحق الآدمي المشهود له ويتضمن ذلك المشهود عليه والصيغة.

(٥) الأولى حذف التاء لأن المعدود مؤنث.

الإِسْلَامُ، وَالْبُلُوغُ، وَالْعَقْلُ، وَالْحُرِّيَّةُ، والْعَدَالَةُ،

الأولى ـ (الإسلام) فلا تقبل شهادة الكافر[١] على مسلم، ولا على كافر، خلافاً لأبي حنيفة في قبول شهادة الكافر على الكافر، ولأحمد في الوصية، لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] والكافر ليس بعدل، وليس منا، ولأنه أفسق الفساق، ويكذب على اللّه تعالى، فلا يؤمن من الكذب على خلقه.

(و) **الثانية والثالثة**: (البلوغ، والعقل) فلا تقبل شهادة صبي، لقوله تعالى: ﴿مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ولا مجنون بالإجماع.

(و) **الرابعة**: (الحرية) ولو بالدار، فلا تقبل شهادة رقيق خلافاً لأحمد، ولو مبعضاً أو مكاتباً، لأن أداء الشهادة فيه معنى الولاية، وهو مسلوب منها.

(و) **الخامسة**: (العدالة) فلا تقبل شهادة فاسق. لقوله تعالى: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ [الحجرات: ٩].

والسادسة: أن يكون له مروءة ـ وهي الاستقامة، لأن من لا مروءة له لا حياء له، ومن لا حياء له قال ما شاء، لقوله ﷺ: «إِذَا لَمْ تَسْتَحِ فَاصْنَعْ مَا شِئْتَ»[٢].

والسابعة: أن يكون غير متهم في شهادة، لقوله تعالى: ﴿ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] والريبة حاصلة بالمتهم.

والثامنة: أن يكون ناطقاً، فلا تقبل شهادة الأخرس وإن فهمت إشارته.

والتاسعة: أن يكون يقظاً كما قاله صاحب التنبيه وغيره، فلا تقبل شهادة مغفل[٣].

---

(١) وشهادة الكافر كانت جائزة ثم نسخت بقوله تعالى ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ أي المسلمين وأما قوله تعالى ﴿أو آخران من غيركم﴾ فأجيب عنه بأن معناه من غير عشيرتكم أو هو منسوخ بقوله ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾.

(٢) أخرجه البخاري ١٠/٥٢٣ (٦١٢٠).

(٣) أي لا يضبط فلا بد أن يكون الشاهد متيقظاً ومن التيقظ ضبط ألفاظ المشهود عليه بحروفها من غير زيادة ولا نقص هذا ظاهر إذا كان المشهود عليه قولاً كإقرار وطلاق وقذف ومن ثم كان =

وَلِلْعَدَالَةِ خَمْسُ شَرَائِطَ: أَنْ يَكُونَ مُجْتَنِباً لِلْكَبَائِرِ، غَيْرَ مُصِرٍّ عَلَى الْقَلِيلِ مِنَ الصَّغَائِرِ،

والعاشرة[١]: أن لا يكون محجوراً عليه بسفه. فلا تقبل شهادته كما نقله في أصل الروضة قبيل فصل التوبة عن الصيمري، وجزم به الرافعي في كتاب الوصية.

وخرج بقيد الأداء: التحمل، فلا يشترط عنده هذه الشروط بدليل قولهم: إنه لو شهد كافر أو عبد أو صبي ثم أعادها بعد كماله قبلت كما قاله الزركشي في خادمه. قال: ولا يستثنى من ذلك غير شهود النكاح، فإنه يشترط الأهلية عند التحمل أيضاً.

(وللعدالة) المقدمة (خمس شرائط):

الأول: (أن يكون مجتنباً للكبائر). أي لكل منها.

والثاني: أن يكون (غير مصر[٢] على القليل من الصغائر) من نوع أو أنواع. وفسر جماعة الكبيرة بأنها: «ما لحق صاحبها وعيد شديد بنص كتاب أو سنة» وقيل: «هي المعصية الموجبة للحد»، وذكر في أصل الروضة أنهم إلى ترجيح هذا أميل، وأن الذي ذكرناه أولاً هو الموافق لما ذكره عند تفصيل الكبائر، انتهى، لأنهم عدوا الربا وأكل مال اليتيم وشهادة الزور ونحوها من الكبائر، ولا حد فيها، وقال الإمام: هي كل جريمة تؤذن بقلة اكتراث مرتكبها بالدين. انتهى. والمراد بها بقرينة التعارف المذكورة

= المتجه عدم جواز الشهادة بالمعنى ولا تقاس بالرواية لضيقها نعم يقرب القول بجواز التعبير بأحد المترادفين عن الآخر عند عدم الإبهام اهـ خ ض ولا يقدح الغلط اليسير لأن أحداً من الناس لا يسلم منه عناني.

(١) لا حاجة لزيادة ذلك لأن سبب السفه معصية فالعدالة تغني عن ذكره إلا أن يقال قد يكون سببه غير معصية كأن يضيع المال باحتمال غبن فاحش مع عدم العلم بذلك فزاد هذا الأجل ذلك (قوله إنه لو شهد) أي تحمل وقوله ثم أعادها أي أداها ويصح أن يكون المراد ما هو أعم من ذلك بأن يكون شهد أي أدى بصفته المذكورة فردت شهادته فإذا تحمل وأعاد شهادته قبلت.

(٢) أي أو مصرّ أو غلبت طاعاته على معاصيه كما يأتي والإصرار على الصغيرة بأن يرتكبها ثلاث مرات من غير توبة منها وقال الشيخ عميرة الإصرار قيل هو الدوام على نوع واحد منها والأرجح أنه الإكثار من نوع أو أنواع قاله الرافعي لكنه في باب العضل قال إن المداومة على النوع الواحد كبيرة وبه صرح الغزالي في الإحياء.

. . . .

غير الكبائر الاعتقادية التي هي البدع. فإن الراجح قبول شهادة أهلها ما لم نكفرهم(١) كما سيأتي بيانه. هذا ضبطها بالحد. وأما ضبطها بالعد فأشياء كثيرة قال ابن عباس: هي إلى السبعين أقرب. وقال سعيد بن جبير: إنها سبعمائة أقرب. أي باعتبار أصناف أنواعها وما عدا ذلك من المعاصي فمن الصغائر، ولا بأس بعد شيء من النوعين، فمن الأول تقديم الصلاة أو تأخيرها عن وقتها بلا عذر، ومنع الزكاة، وترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر(٢) مع القدرة، ونسيان القرآن، واليأس من رحمة اللَّه تعالى، وأمن مكره تعالى، وأكل الربا وأكل مال اليتيم، والإفطار في رمضان من غير عذر، وعقوق الوالدين، والزنا واللواط، وشهادة الزور، وضرب المسلم بغير حق(٣) والنميمة، وأما الغيبة فإن كانت في أهل العلم وحملة القرآن فهي كبيرة، كما جرى عليه ابن المقري، وإلا فصغيرة، ومن الصغائر: النظر المحرم، وهجر المسلم فوق ثلاثة أيام. والنياحة. وشق الجيب والتبختر في المشي، وإدخال صبيان أو مجانين يغلب تنجيسهم المسجد، واستعمال نجاسة في بدن أو ثوب لغير حاجة.

---

(١) ظاهرة وإن فسقناهم وينافيه قوله الآتي بعد قول المتن سليم السريرة بأن لا يكون مبتدعاً لا يكفر ولا يفسق ببدعته فإن مفهومه أنه إذا فسق ببدعته لا تقبل شهادته ويمكن حمل ما يأتي على ما إذا كان ليس له شبهة وما هنا على ما إذا كان له شبهة أي تأويل.

(٢) أي بشرط أن يكون مجمعاً عليه أو يكون منكراً عند الفاعل وإن لم يكن منكراً عند الناهي ولا بد أن يأمن الضرر على نفسه أو ماله وأن لا يخاف الوقوع في مفسدة أعظم من المنهيّ عنه وسواء كان الناهي ممتثلاً للنهي أو لا وسواء كان من الولاة أولا.

(٣) قال ﷺ: «صنفان من أمتي من أهل النار لم أرهما قوم معهم سياط كأذناب البقر يضربون بها الناس ونساء كاسيات عاريات» شرح المحلى على جمع الجوامع وقوله كاسيات عاريات أي تستر كل منهن بعض بدنها وتبدي بعضه إظهاراً لجمالها ونحوه وقيل تلبس ثوباً رقيقاً يصف لون بدنها كما في حاشية شيخ الإسلام عليه وفي الحاشية المذكورة أيضاً ما نصه قال الزركشي خص المسلم لأنه أفحش أنواعه وإلا فالذمي كذلك اهـ قال العراقي إن أراد في التحريم فمسلم أو في كونه كبيرة فممنوع. وفي الآيات البينات وعندي أن الأوجه كونه كبيرة كما هو صريح كلام الزركشي وشمل الضرب اليسير وذكر الأذرعي أن الضربة والخدشة إذا عظم ألمهما أو كان أحدهما الوالد أو وليّ ينبغي أن يلحقا بالكبائر.

سَلِيمَ السَّرِيرَةِ، مَأْمُوناً عِنْدَ الغَضَبِ، مُحَافِظاً عَلَى مُرُوءَةِ مِثْلِهِ.

فبارتكاب كبيرة أو إصرار على صغيرة من نوع أو أنواع تنتفي العدالة إلا أن تغلب طاعته على معاصيه كما قاله الجمهور، فلا تنتفي عدالته. وإن اقتضت عبارة المصنف الانتفاء مطلقاً.

فائدة ـ في البحر: لو نوى العدل فعل كبيرة غداً كزنا لم يصر بذلك فاسقاً، بخلاف نية الكفر.

والثالث: أن يكون العدل (سليم السريرة) أي العقيدة. بأن لا يكون مبتدعاً لا يكفر. ولا يفسق ببدعته[1]. فلا تقبل شهادة مبتدع يكفر أو يفسق ببدعته، فالأول كمنكري البعث، والثاني كساب الصحابة. ويستثنى من ذلك الخطابية فلا تقبل شهادتهم، وهم فرقة يجوزون الشهادة لصاحبهم إذا سمعوه يقول: لي على فلان كذا هذا إذا لم يبينوا السبب كما مرت الإشارة إليه، فإن بينوا السبب كأن قالوا: رأيناه يقرضه كذا، فتقبل حينئذ شهادتهم.

والرابع: أن يكون العدل (مأموناً) مما توقع فيه النفس الأمارة صاحبها (عند الغضب) من ارتكاب قول الزور والإصرار على الغيبة والكذب لقيام غضبه، فلا عدالة لمن يحمله غضبه على الوقوع في ذلك.

والخامس: أن يكون (محافظاً على مروءة مثله) بأن يتخلق الشخص بخلق أمثاله من أبناء عصره ممن يراعي مناهج الشرع وآدابه في زمانه ومكانه، لأن الأمور العرفية قلما تنضبط، بل تختلف باختلاف الأشخاص والأزمنة والبلدان، وهذا بخلاف العدالة فإنها لا تختلف باختلاف الأشخاص، فإن الفسق فيه الشريف والوضيع، بخلاف المروءة فإنها تختلف، فلا تقبل شهادة من لا مروءة له كمن يأكل أو يشرب في سوق وهو غير سوقي كما في الروضة، وغير من لم يغلبه جوع أو عطش، أو يمشي في سوق مكشوف الرأس

---

(١) كذا في خط المؤلف رحمه الله ولا يخفى أن في فهم الحكم من هذه العبارة صعوبة فحق العبارة أن يقال بأن لا يكون مبتدعاً يكفر أو يفسق ببدعته بأن لا يكون مبتدعاً أصلاً أو مبتدعاً لا يكفر ولا يفسق ببدعته لأن الكلام في بيان العدل الذي تقبل شهادته وعبارته تصدق بغيره كذا قاله المرحومي.

. . . .

أو البدن غير العورة ممن لا يليق به مثله، ولغير محرم بنسك. أما العورة فكشفها حرام، أو يقبل زوجته أو أمته بحضرة الناس، وأما تقبيل ابن عمر رضي الله تعالى عنه أمته التي وقعت في سهمه بحضرة الناس فقال الزركشي: كان تقبيل استحسان لا تمتع، أو ظن أنه ليس ثم من ينظره، أو على أن المرَّة الواحد لا تضر على ما اقتضاه نص الشافعي، ومد الرجل عند الناس بلا ضرورة كقبلة أمته بحضرتهم، ومن ذلك إكثار حكايات مضحكة بين الناس بحيث يصير ذلك عادة له، وخرج بالإكثار مالم يكثر، أو كان ذلك طبعاً لا تصنعاً، كما وقع لبعض الصحابة، ولبس فقيه قباء أو قلنسوة في محل لا يعتاد للفقيه ليس ذلك فيه، وإكباب على لعب الشطرنج[1] بحيث يشغله عن مهماته، وإن لم يقترن به ما

---

(١) الشطرنج له ثلاث حالات عند الشارح يكون مكروماً إن خلا عن المال وكان قليلاً ويكون حراماً إن اشتمل على مال ويكون خارم المروءة إن أكثر منه وهذا معنى قوله وإكباب الخ. وإن قلنا الإكباب ليس بقيد تكون له حالتان الكراهة والحرمة مع خرم المروءة فيهما ومثل الشطرنج المنقلة والسيجة السبعاوية والخمساوية إذا كانت من غير طاب أو مال أما مع ذلك فحرام وكذا الطاب وحده حرام.

(٢) بكسر الغين والمد وهو رفع الصوت بالشعر. ويحرم استماع غناء أجنبية وأمرد إن خيف منه فتنة أو نحو نظر محرم وإلا كره زي أي لما صح عن ابن مسعود «إنه ينبت النفاق في القلب كما ينبت الماء البقل» اهـ أي يكون سبباً لحصول النفاق في قلب من يفعله بل أو يستمعه لأن فعله واستماعه يورث منكراً واشتغالاً بما يفهم منه كمحاسن النساء وغير ذلك وهذا قد يورث في فاعله ارتكاب أمور تحمل فاعله على أن يظهر خلاف ما يبطل ذكره ع ش على م ر وقال الغزالي الغناء إن قصد به ترويح القلب ليقوى على طاعة فهو طاعة أو على المعصية فهو معصية أو لم يقصد شيئاً فهو لهو معفوّ عنه والغنى بالقصر ضد الفقر وبالفتح مع المد النفع قال الشيخ سلطان وليس تحسين الصوت بقراءة قرآن من هذا القبيل فإن لحن فيه بفتح الحاء المشددة حتى أخرجه إلى حدّ لا يقول به أحد من القراء حرم وإلا فلا. وعلى القول بالحرمة ينبغي أن يكون كبيرة. قال الماوردي يفسق القارىء بذلك ويأثم المستمع لأنه عدل به عن نهجه القويم. ويحرم سماع الآلة كالعود والرباب والسنطير، فقوله على غناء أي إن خلا عن الآلة وإلا فحرام والحرام في الحقيقة هو استماع الآلة قالم ر: ومتى اقترن بالغناء آلة محرمة فالقياس كما قاله الزركشي تحريم الآلة فقط وبقاء الغناء على الكراهة وقال الشيخسلطان: لو أخبر طبيبان عدلان بأن المريض لا ينفعه لمرضه =

يحرمه، أو على غناء[1] أو استماعه، وإكثار رقص، وحرفة دنيئة[2] مباحة كحجامة وكنس زبل ونحوه، ودبغ ممن لا يليق ذلك به.

واعترض جعلهم الحرفه الدنيئة مما يخرم المروءة مع قولهم: «إنها من فروض الكفايات».

وأجيب بحمل ذلك على من اختارها لنفسه مع حصول الكفاية بغيره.

وأما الحرفة غير المباحة كالمنجم والعراف والكاهن والمصور فلا تقبل شهادتهم قال الصيمري: لأن شعارهم التلبيس.

تنبيه ـ هذا الشرط الخامس إنما هو شرط في قبول الشهادة، لا في العدالة فإنه مع ذلك لا يخرج عن كونه عدلاً، لكن شهادته لم تقبل لفقد مروءته.

ومن شروط القبول أيضاً: أن لا يكون متهماً. والتهمة: أن يجر إليه بشهادته نفعاً، أو يدفع عنه بها ضرراً كما سيأتي في كلامه.

تتمة ـ لو شهد اثنان لاثنين بوصية من تركة، فشهد الاثنان للشاهدين بوصية من تلك التركة، قبلت الشهادتان في الأصح، لانفصال كل شهادة عن الأخرى ولا تجر شهادته نفعاً ولا تدفع عنه ضرراً، وتقبل شهادته الحسبة[2] في حقوق الله تعالى

= إلا العود عمل بخبرهما وحل له استماعه كالتداوي بنجس فيه الخمر اهـ. وما قيل عن بعض الصوفية من جواز استماع الآلات المطربة لما فيها من النشاط على الذكر أو غير ذلك فهو من تهوّرهم وضلالهم فلا يعوّل عليه وليس من الغناء المحرم ما اعتيد عند محاولة عمل وحمل ثقيل كحداء الأعراب لإبلهم وغناء النساء لتسكين صغارهم فلا شك في جوازه.

(١) قيد ذلك في الإرشاد بإدامتها قال في شرحه وخرج بإدامتها ما لو كان يحسنها ولا يفعلها أو يفعلها أحياناً في بيته وهي لا تزري فلا تنخرم بها مروءته اهـ وسميت بذلك لانحراف الشخص إليها للتكسب وهي أعم من الصناعة لاعتبار الآلة في الصناعة دونها. واعترض قولهم الحرفة الدنيئة مما تخرم المروءة مع قولهم إنها من فروض الكفاية. وأجيب بحمل ذلك على من اختارها لنفسه مع حصول فرض الكفاية بغيره.

(٢) من الاحتساب وهو طلب الأجر سواء سبقها دعوى أم لا كانت في غيبة المشهود عليه أم لا برماوي على المنهج وحكم شهادة الحسبة الوجوب لأن فيها إزالة محرّم وخبر «شر الشهود الذي =

فَصْــلٌ

وَالْحُقُوقُ ضَرْبَانِ: حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى، وَحَقُّ الآدَمِيِّ، فَأَمَّا حَقُّ الآدَمِيِّ فَثَلاَثَةُ أَضْرُبٍ:

المتمحضة كالصلاة والصوم، وفيما فيه للّه تعالى حق مؤكد وهو ما يتأثر برضا الآدمي كطلاق وعتق وعفو عن قصاص، وإبقاء عدة وانقضائها وحد لله تعالى كذا النسب على الصحيح. ومتى حكم قاض بشاهدين فبانا غير مقبولي الشهادة ككافرين نقضه هو وغيره، ولو شهد كافر أو عبد أو صبي ثم أعادها بعد كماله قبلت شهادته لانتفاء التهمة، أو فاسق تاب لم تقبل للتهمة، ويقبل في غير تلك الشهادة بشرط اختباره بعد التوبة مدة يظن فيها صدق توبته وقدرها الأكثرون بسنة، ويشترط في توبة معصية قولية القول[1] فيقول: قذفي باطل[2] وأنا نادم عليه ولا أعود إليه. ويقول في شهادة الزور: شهادتي باطلة وأنا نادم عليها. والمعصية غير القولية يشترط في التوبة منها إقلاع عنها وندم عليها وعزم على أن لا يعود لها ورد ظلامة آدمي إن تعلقت به.

كما في بعض النسخ. يذكر فيه العدد في الشهود والذكورة والأسباب المانعة من القبول وأسقط ذكر «فصل» في بعضها.

(والحقوق) المشهود بها بالنسبة إلى ما يعتبر فيها: عدداً أو وصفاً ـ (ضربان): أحدهما: (حق الله تعالى. و) ثانيهما: (حق الآدمي) وبدأ به فقال: (فأما حق الآدمي) لأنه الأغلب وقوعاً (فهو على ثلاثة أضراب).

= يشهد قبل أن يستشهد» محمول على غير شهادة الحسبة وورد فيها «خير الشهود الذي يشهد قبل أن يستشهد».

(١) اشتراط القول في القولية والاستبراء في الفعلية وما ألحق بهما مما ذكر هو في التوبة التي تعود بها الولايات وقبول الشهادة أما التوبة المسقطة للإثم فلا يشترط فيها ذلك كما يفيد ذلك كلام الروض وشرحه اهـ سم قال الشوبري وانظر هذا القول يكون في أي زمن ويقال لمن وفي عبارة الزواجر أنه يقوله بين يدي المستحل منه كالمقذوف.

(٢) قيل المراد بهذا أن القذف من حيث هو باطل لا خصوص قوله إذ قد يكون صادقاً ولذا ردّ الجمهور على الاصطخري اشتراطه أن يقول كذبت فيما قذفته اهـ سم وليس كالقذف قوله لغيره يا ملعون أو يا خنزير حتى يشترط في التوبة منه قول لأن هذا لا يتصوّر إيهام أنه محقّ فيه حتى يبطله بخلاف القذف.

ضَرْبٌ لاَ يُقْبَلُ فِيهِ إِلاَّ شَاهِدَانِ ذَكَرَانِ، وَهُوَ مَا لاَ يُقْصَدُ مِنْهُ الْمَالُ وَيَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ. وَضَرْبٌ يُقْبَلُ فِيهِ شَاهِدَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ أَوْ شَاهِدٌ وَيَمِينُ الْمُدَّعِي، وَهُوَ مَا كَانَ الْقَصْدُ مِنْهُ الْمَالُ.

الأول: (ضرب لا يقبل فيه إلا شاهدان ذكران) أي رجلان. ولا مدخل فيه للإناث. ولا لليمين مع الشاهد (وهو: ما لا يقصد منه المال) أصلاً كعقوبة لله تعالى أو الآدمي (و) ما (يطلع عليه الرجال) غالباً كطلاق ونكاح ورجعة، وإقرار بنحو زنا، وموت، ووكالة ووصايا وشركة وقراض، وكفالة، وشهادة على شهادة، لأن الله تعالى نص على الرجلين في الطلاق والوصايا. وروى مالك عن الزهري: «مَضَتِ السُّنَّةُ بِأَنَّهُ لاَ يَجُوزُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِي الْحُدُودِ وَلاَ فِي النِّكَاحِ كَالطَّلاَقِ» وقيس بالمذكورات غيرها مما يشاركها في المعنى المذكور. والوكالة والثلاثة بعدها وإن كانت في مال القصد منها الولاية والسلطنة، لكن لما ذكر ابن الرفعة اختلافهم في الشركة والقراض قال: وينبغي أن يقال: إن رام مدعيهما إثبات التصرف فهو كالوكيل أو إثبات حصته من الربح فيثبتان برجل وامرأتين، إذ المقصود المال، ويقرب منه دعوى المرأة النكاح لإثبات المهر أي أو شطره أو الإرث، فيثبت برجل وامرأتين، إذ المقصود منه المال، وإن لم يثبت النكاح بهما في غير هذه الصورة.

(و) **الثاني**: (ضرب يقبل فيه شاهدان) رجلان (أو رجل وامرأتان، أو شاهد) أي رجل واحد (ويمين المدعي) بعد أداء شهادة شاهده وبعد تعديله، ويذكر حتماً في حلفه صدق شاهده، لأن اليمين والشهادة حجتان مختلفتا الجنس، فاعتبر ارتباط إحداهما بالأخرى، ليصيرا كالنوع الواحد (وهو): أي هذا الضرب الثاني في كل (ما كان) مالاً عيناً كان أو ديناً أو منفعة أو كان (القصد منه المال) من عقد مالي أو فسخه أو حق مالي كبيع. ومنه الحوالة، لأنها بيع دين بدين، وإقالة وضمان وخيار وأجل. وذلك لعموم قوله: ﴿**وَٱسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ، فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ**﴾ [البقرة: ٢٨٢] وروى مسلم وغيره أنه ﷺ «قَضَى بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ»(١) زاد الشافعي «فِي الأَمْوَالِ» وقيس بها ما فيه مال.

---

(١) أخرجه مسلم (١٧١٢) والشافعي (١٤٠٢) وانظر تلخيص الحبير ٤/ ٢٠٥.

وَضَرْبٌ يُقْبَلُ فِيهِ رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ أَوْ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ، وَهُوَ: مَا لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ.

تنبيه ـ من هذا الضرب الوقف أيضاً كما قال ابن سريج. وقال في الروضة إنه أقوى في المعنى، وصححه الإمام والبغوي وغيرهما، انتهى. وصححه أيضاً الرافعي في الشرح الصغير كما أفاده في المهمات.

(و) الثالث: (ضرب يقبل فيه) شاهدان (رجلان أو رجل وامرأتان، أو أربع نسوة) منفردات (وهو) أي هذا الضرب الثالث في كل (ما لا يطلع عليه الرجال) غالباً كبكارة وولادة وحيض ورضاع وعيب امرأة تحت ثوبها، كجراحة على فرجها حرة كانت أو أمة واستهلال ولد، لما روى ابن أبي شيبة عن الزهري: «مَضَتِ السُّنَّةُ بِأَنَّهُ يَجُوزُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِيمَا لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ غَيْرُهُنَّ مِنْ وِلَادَةِ النِّسَاءِ وَعُيُوبِهِنَّ» وقيس بما ذكر غيره مما يشاركه في الضابط المذكور. وإذا قبلت شهادتهن في ذلك منفردات فقبول الرجلين أو الرجل والمرأتين أولى.

تنبيه ـ قيد القفال وغيره مسألة الرضاع ـ بما إذا كان الرضاع من الثدي فإن كان في إناء حلب فيه اللبن لم تقبل شهادة النساء فيه. لكن تقبل شهادتهن بأن هذا اللبن من هذه المرأة، لأن الرجال لا يطلعون عليه غالباً، وخرج بعيب امرأة تحت ثوبها ما نقله في الروضة عن البغوي وأقره ـ العيب في وجه الحرة وكفيها فإنه لا يثبت إلا برجلين. وفي وجه الأمة وما يبدو عند المهنة، فإنه يثبت برجل وامرأتين، لأن المقصود منه المال.

فإن قيل: هذا وما قبله إنما يأتيان على القول بحل النظر إلى ذلك أما على ما صححه الشيخان في الأولى والنووي في الثانية من تحريم ذلك فتقبل النساء فيه منفردات.

أجيب بأن الوجه والكفين يطلع[1] عليهما الرجال غالباً[2] وإن قلنا بحرمة نظر

---

(١) المناسب إسقاط ما كما في نسخ كثيرة لأن ما يقصد منه المال وما يطلع عليه الرجال قسم واحد وشيء واحد وإعادة ما توهم أنهما قسمان وأمران مختلفان وقد يقال زاد الشارح ما إشارة إلى أن يطلع معطوف على النفي وهو قوله لا يقصد لا على المنفي وهو يقصد وحده.

(٢) المراد ما يكثر اطلاع الرجال عليه وإن كان اطلاع النساء أغلب فليس المراد الغلبة بالنسبة لهن.

وَأَمَّا حُقُوقُ اللَّهِ تَعالى فَلاَ تُقْبَلُ فِيهَا النِّسَاءُ، وَهِيَ ثَلاَثَةُ أَضْرُبٍ: ضَرْبٌ لاَ يُقْبَلُ فِيهِ أَقَلُّ مِنْ أَرْبَعَةٍ، وَهُوَ الزِّنَا.

الأجنبي، لأن ذلك جائز لمحارمها وزوجها، ويجوز نظر الأجنبي لوجهها لتعليم ومعاملة وتحمل شهادة، وقد قال الولي العراقي: أطلق الماوردي نقل الإجماع على أن عيوب النساء في الوجه والكفين لا يقبل فيه إلا الرجال ولم يفصل بين الأمة والحرة. وبه صرح القاضي حسين فيهما. انتهى: أي فلا تقبل النساء الخلص في الأمة، لما مر أنه يقبل فيها رجل وامرأتان لما مر. وكل ما لا يثبت من الحقوق برجل وامرأتين لا يثبت برجل ويمين، لأن الرجل والمرأتين أقوى، وإذا لم يثبت بالأقوى لا يثبت بما دونه، وكل ما يثبت برجل وامرأتين يثبت برجل ويمين، إلا عيوب النساء ونحوها كالرضاع فإنها لا تثبت بشاهد ويمين، لأنها أمور خطرة بخلاف المال.

وقد علم من تقسيم المصنف المذكور أنه لا يثبت شيء بامرأتين ويمين، وهو كذلك، لعدم ورود ذلك، وقيامهما مقام رجل في غير ذلك، لوروده.

فرع: ما قبل فيه شهادة النسوة على فعله لا تقبل شهادتهن على الإقرار به فإنه مما تسمعه الرجال غالباً، كسائر الأقارير كما ذكره الدميري.

(وأما حقوق الله تعالى فلا تقبل فيها النساء) أصلاً. والخنثى كالمرأة في هذا وفي جميع ما مر (وهي) أي: حقوق الله تعالى على (ثلاثة أضرب) أيضاً.

الأول: (ضرب لا يقبل فيه أقل من أربعة) من الرجال (وهو) أي هذا الضرب (الزنا) لقوله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ**﴾ [النور: ٤] ولما في صحيح مسلم عن سعد بن عبادة رضي الله تعالى عنه أنه قال لرسول الله ﷺ: لَوْ وَجَدْتُ مَعَ امْرَأَتِي رَجُلاً أُمْهِلُهُ حَتَّى آتِي بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ. قَالَ: نَعَم، ولأنه لا يقوم إلا من اثنين. فصار كالشهادة على فعلين. لأن الزنا من أغلظ الفواحش. فغلظت الشهادة فيه ليكون أستر. وإنما تقبل شهادتهم بالزنا إذا قالوا: حانت منا التفاتة فرأينا أو تعمدنا النظر لإقامة الشهادة، قال الماوردي: فإن قالوا: تعمدنا لغير الشهادة ـ فسقوا وردت شهادتهم. انتهى: هذا إذا تكرر ذلك منهم ولم تغلب طاعتهم على معاصيهم، وإلا فتقبل، لأن ذلك صغيرة، وينبغي إذا أطلقوا الشهادة أن يستفسروا إن تيسر، وإلا فلا تقبل شهادتهم، ولا بد أن يقولوا رأيناه أدخل حشفته أو قدرها من

وَضَرْبٌ يُقْبَلُ فِيهِ اثْنَانِ، وَهُوَ مَا سِوَى الزِّنَا مِنَ الْحُدُودِ، وَضَرْبٌ يُقْبَلُ فِيهِ وَاحِدٌ وَهُوَ هِلَالُ رَمَضَانَ.

فاقدها في فرجها، وإن لم يقولوا كالأصبع في الخاتم أو كالمرود في المكحلة.

تنبيه ـ اللواط في ذلك كالزنا. وكذلك إتيان البهيمة على المذهب المنصوص في الأم، قال في زيادة الروضة: لأن كلا جماع. ونقصان العقوبة فيه لا يمنع من العدد، كما في زنا الأمة. قال البلقيني: ووطء الميتة لا يوجب الحد على الأصح. وهو كإتيان البهائم في أنه لا يثبت إلا بأربعة على المعتمد. انتهى. وخرج بما ذكر وطء الشبهة إذا قصد بالدعوى به المال، أو شهد به حسبة، ومقدمات الزنا: كقبلة ومعانقة ـ فلا يحتاج إلى أربعة، ويقبل في الإقرار بالزنا وما ألحق به رجلان كغيره من الأقارير.

(و) الثاني: (ضرب يقبل فيه اثنان) أي رجلان (وهو) أي هذا الضرب الثاني (ما سوى الزنا) وما ألحق به (من الحدود) سواء أكان قتلاً للمرتد، أم لقاطع طريق بشرطه، أم لقطع في سرقة، أم في طريق، أم في جلد لشارب مسكر.

(و) الثالث: (ضرب يقبل فيه) رجل (واحد. وهو هلال) شهر (رمضان) بالنسبة للصوم على أظهر القولين عند الشيخين، احتياطاً للصوم أما بالنسبة لحلول أجل أو لوقوع طلاق فلا كما مر في الصيام. وألحق بذلك مسائل: منها ما لو نذر صوم رجب مثلاً فشهد واحد برؤيته فهل يجب الصوم إذا قلنا: يثبت به رمضان، حكى ابن الرفعة فيه وجهين عن البحر، ورجح ابن المقري في كتاب الصيام الوجوب، ومنها ما في المجموع آخر الصلاة على الميت عن المتولي أنه لو مات ذمي فشهد عدل بإسلامه لم يكف في الإرث وفي الاكتفاء به في الصلاة عليه وتوابعها وجهان، بناء على القولين في هلال رمضان. ومقتضاه ترجيح القبول وهو الظاهر وإن أفتى القاضي حسين بالمنع. ومنها ثبوت شوال بشهادة العدل الواحد بطريق التبعية فيما إذا ثبت رمضان بشهادته ولم ير الهلال بعد الثلاثين فإنا نفطر على الأصح. ومنها المسمع للخصم كلام القاضي أو للقاضي كلام الخصم. يقبل فيه الواحد وهو من باب الشهادة كما ذكره الرافعي قبيل القضاء على الغائب.

ومنها صورة زيادة على ذلك ذكرتها في شرح المنهاج وغيره.

وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ الأَعْمَى إلاَّ فِي سِتَّةِ مَوَاضِعَ: الْمَوْتُ، وَالنَّسَبُ،

(ولا تقبل شهادة) على فعل كزنا، وشرب خمر، وغصب، وإتلاف وولادة ورضاع، واصطياد، وإحياء، وكون اليد على مال إلا بإبصار لذلك الفعل مع فاعله، لأنه يصل به إلى العلم واليقين فلا يكفي فيه السماع من الغير. قال تعالى: ﴿وَلاَ تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: ٣٤] وقال ﷺ: «عَلَى مِثْلِهَا فَاشْهَدْ أَوْ دَعْ» إلا أن في الحقوق ما اكتفي فيه بالظن المؤكد لتعذر اليقين فيه وتدعو الحاجة إلى إثباته: كالملك فإنه لا سبيل إلى معرفته يقيناً وكذا العدالة والإعسار، وتقبل في الفعل من أصم لإبصاره، ويجوز تعمد النظر لفرجي الزانيين لتحمل الشهادة كما مرت الإشارة إليه، لأنهما هتكا حرمة أنفسهما والأقوال: كعقد وفسخ وطلاق وإقرار يشترط في الشهادة بها سمعها وإبصار فاعلها حال تلفظه بها، حتى لو نطق بها من وراء حجاب وهو يتحققه لم يكف، وما حكاه الروياني عن الأصحاب من أنه لو جلس بباب بيت فيه اثنان فقط فسمع تعاقدهم بالبيع وغيره كفى من غير رؤية، زيفه البندنيجي بأنه لا يعرف الموجب من القابل.

ولا تقبل شهادة (الأعمى) فيما يتعلق بالبصر، لجواز اشتباه الأصوات وقد يحاكي الإنسان صوت غيره (إلا في ستة) وفي بعض النسخ خمسة (مواضع) وسيأتي توجيه ذلك.

الموضع الأول: الموت فإنه يثبت بالتسامع، لأن أسبابه كثيرة منها ما يخفى ومنها ما يظهر، وقد يعسر الاطلاع عليها. فجاز أن يعتمد على الاستفاضة.

(و) **الموضع الثاني**: (النسب) لذكر أو أنثى، وإن لم يعرف عين المنسوب إليه من أب أو جد، فيشهد أن هذا ابن فلان أو أن هذه بنت فلان أو قبيلة، فيشهد أنه من قبيلة كذا، لأنه لا مدخل للرؤية فيه، فإن غاية الممكن أن يشاهد الولادة على الفراش، وذلك لا يفيد القطع، بل الظاهر فقط والحاجة داعية إلى إثبات الأنساب إلى الأجداد المتوفين والقبائل القديمة فسومح فيه قال ابن المنذر: وهذا مما لا أعلم فيه خلافاً، وكذا يثبت النسب بالاستفاضة إلى الأم في الأصح كالأب وإن كان النسب في الحقيقة إلى الأب.

وَالْمِلْكُ الْمُطْلَقُ،

(و) **الموضع الثالث** ـ (الملك المطلق) من غير إضافة لمالك معين، إذا لم يكن منازع.

تنبيه ـ هذه الثلاثة من الأمور التي تثبت بالاستفاضة، وبقي من الأمور التي تثبت بالاستفاضة ـ العتق والولاء والوقف والنكاح كما هو الأصح عند المحققين، لأنها أمور مؤبدة فإذا طالت مدتها عسر إقامة البينة على ابتدائها، فمست الحاجة إلى إثباتها بالاستفاضة، ولا يشك أحد أن عائشة رضي الله عنها وعن أبويها زوج النبيّ ﷺ، ولا مستند غير السماع، وما ذكر في الوقف هو بالنظر إلى أصله، أما شروطه فقال النووي في فتاويه: لا تثبت بالاستفاضة شروط الوقف وتفاصيله بل إن كان وقفاً على جماعة معينين أو جهات متعددة قسمت الغلة بينهم بالسوية، أو على مدرسة مثلاً وتعذرت معرفة الشروط صرف الناظر الغلة فيما يراه من مصالحها، انتهى. والأوجه حمل هذا على ما أفتى به ابن الصلاح شيخه من أن الشروط إن شهد بها منفردة لم يثبت بها وإن ذكرها في شهادته بأصل الوقف سمعت، لأنه يرجع حاصله إلى بيان كيفية الوقف ومما يثبت بالاستفاضة: القضاء والجرح والتعديل، والرشد، والإرث، واستحقاق الزكاة والرضاع، وحيث ثبت النكاح بالاستفاضة لا يثبت الصداق بها بل يرجع لمهر المثل ولا يكفي الشاهد بالاستفاضة أن يقول: سمعت الناس يقولون كذا وإن كانت شهادته مبنية عليها بل يقول أشهد أنه له أو أنه ابنه مثلاً لأنه قد يعلم خلاف ما يسمع من الناس ولو صرح بذلك لم تقبل شهادته على الأصح، لأن ذكره يشعر بعدم جزمه بالشهادة ويؤخذ من التعليل حمل هذا على ما إذا ظهر بذكره تردد في الشهادة فإذا ذكره لتقوية أو حكاية حال ـ قبلت شهادته وهو ظاهر وليس له أن يقول: أشهد أن فلانة ولدت فلاناً أو أن فلاناً أعتق فلاناً لما مر أنه يشترط في الشهادة بالفعل الإبصار وبالقول الإبصار والسمع، وشروط الاستفاضة التي يستند الشاهد إليها في المشهود به سماع المشهود به من جمع كثير يؤمن توافقهم على الكذب بحيث يقع العلم أو الظن[1] القوي بخبرهم

---

(١) هذا يدل على أنه ليس المراد بالجمع عدم التواتر لأن ذاك يفيد العلم قطعاً؛ شوبري.

والتَّرْجَمَةُ، وَمَا شَهِدَ بِهِ قَبْلَ الْعَمَى، وَعَلَى الْمَضْبُوطِ،

كما ذكره الشيخان في الشرح والروضة، لأن الأصل في الشهادة اعتماد اليقين، وإنما يعدل عنه الوصول إليه إلى ظن يقرب منه على حساب الطاقة.

(و) **الموضع الرابع**: (الترجمة) إذا اتخذ القاضي مترجماً وقلنا بجوازه وهو الأصح، فتقبل شهادته فيها، لأن الترجمة تفسير للفظ فلا يحتاج إلى معاينة وإشارة.

وقوله (وما شهد به قبل العمى) ساقط في بعض النسخ فمن عد المواضع ستة عد ذلك، ومن عدها خمسة لم يعد ذلك، ومعناه أن الأعمى لو تحمل شهادة فيما يحتاج للبصر قبل عروض العمى له ثم عمي بعد ذلك شهد بما تحمله إن كان المشهود له وعليه معروفي الاسم والنسب. لإمكان الشهادة عليهما فيقول: أشهد أن فلاناً بن فلان أقر لفلان بن فلان بكذا بخلاف مجهولهما أو أحدهما أخذاً من مفهوم الشرط[1]، نعم لو عمي ويدهما[2] أو يد المشهود عليه في يد فشهد عليه في الأولى مطلقاً مع تمييزه له من خصمه وفي الثانية بالمعروف الاسم والنسب قبلت شهادته كما بحثه الزركشي في الأول وصرح به في أصل الروضة في الثانية.

(و) **الموضع الخامس أو السادس** على ما تقدم ـ ما تحمله ـ (على المضبوط) عنده كأن يقر شخص في أذنه بنحو طلاق أو عتق أو مال عليه بما سمع منه عند قاض به، فتقبل على الصحيح، لحصول العلم بأنه المشهود عليه وله أن يطأ زوجته اعتماداً على صوتها للضرورة، ولأن الوطء بالظن ولا يجوز له أن يشهد على زوجته اعتماداً على صوتها كغيرها خلافاً لما بحثه الأذرعي من قبول شهادته عليها اعتماداً على ذلك.

---

(١) هو قوله إن كان المشهود له وعليه معروفي الاسم والنسب.

(٢) والحاصل أن المسألة لها أربعة أحوال لأنه إما أن تكون يداهما جميعاً في يده أو لا يكون شيء منهما في يده أو تكون يد المقرّ في يده فقط أو يد المقر له فقط ففي الأولى تقبل شهادته مطلقاً وفي الثانية تقبل إن كانا معروفي الاسم والنسب عنده وهذه من قبيل ما شهد به قبل العمى وفي الثالثة إن كان المقر له معروف الاسم والنسب وفي الرابعة إن كان المقر معروف الاسم والنسب عنده ولا بد في جميع ذلك من رؤية فم اللافظ حال لفظه قبل العمى كما تقدم في الشهادة على الأقوال.

وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ جَارٍّ لِنَفْسِهِ نَفْعاً، وَلَا دَافِعٍ عَنْهَا ضَرَراً.

(ولا تقبل شهادة جار لنفسه نفعاً) فترد شهادته لعبده سواء كان مأذوناً له أم لا، ومكاتبه، لأن له فيه علقة. نعم لو شهد بشراء شخص لمشتريه وفيه شفعة لمكاتبه قبلت، ولغريم له ميت وإن لم تستغرق تركته الديون أو عليه حجر فليس لأنه إذا أثبت للغريم شيئاً أثبت لنفسه المطالبة به، وترد شهادته أيضاً بما هو ولي أو وصي أو وكيل[1] ولو بدون جعل، لأنه يثبت لنفسه سلطنة التصرف وببراءة من ضمنه بأداء أو إبراء، لأنه يدفع بها الغرم عن نفسه وبجراحة مورثة قبل اندمالها، لأنه لو مات كان الأرش له، ولو شهد لمورث له مريض أو جريح بما قبل الاندمال قبلت شهادته، والفرق بين هذه والتي قبلها أن الجراحة سبب للموت الناقل للحق إليه بخلاف المال، واحتج لمنع قبول الشهادة في ذلك وأمثاله بقوله تعالى: ﴿وَأَدْنَى أَنْ لَا تَرْتَابُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] والريبة حاصلة هنا وبقوله ﷺ: «لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ خَصْمٍ وَلَا ظَنِّينٍ»: والظنين المتهم (و) لهذا (لا) تقبل شهادة (دافع عنها) أي عن نفسه ضرراً كشهادة عاقلة

---

(١) كأن وكل زيد في بيع شيء فادّعى شخص أن هذا الشيء ملك له فأراد الوكيل وهو زيد أن يشهد بأنه ملك للموكل وتثبت الوكالة بأصول الوكيل وفروعه وبأصول الموكل وفروعه بخلاف الوصاية لا تثبت بذلك لأن الوصاية أقوى من الوكالة ومثل ذلك الإمام والقاضي وناظر الوقف والمسجد إن ادعوا شيئاً ثم أقاموا أصولهم أو فروعهم شهوداً فإنها تقبل (قوله لأنه يثبت الخ) ولو باع الوكيل شيئاً فأنكر المشتري الثمن أو اشترى شيئاً فادّعى أجنبي المبيع ولم تعرف وكالته فله أن يشهد لموكله بأن له عليه كذا أو بأن هذا ملكه حيث لم يتعرض لكونه وكيلاً ويحل له ذلك باطناً لأن فيه توصلاً للحق بطريق مباح م ر س ل (قوله وببراءة) الأولى ذكر هذا بعد قول المتن ولا دافع عنها ضرراً وكتب بعضهم قوله وببراءة من ضمنه هو بأداء أو إبراء أي أو أصله أو فرعه ويضر حدوث التهمة قبل الحكم لا بعده فلو شهد لأخيه بمال وكان هو وارثه فإن كان قبل الحكم لم يأخذ المال أو بعده أخذه اهـ سم قال س ل وكذا لو شهد بقتل فلان لأخيه الذي له ابن ثم مات وورثه فإن صار وارثه بعد الحكم لم ينقض أو قبله امتنع الحكم اهـ ولو شهد لبعضه أو على عدوّه أو الفاسق بما يعلمه من الحق والحاكم يجهل ذلك قال ابن عبدالسلام المختار جوازه لأنهم لم يحملوا الحاكم على باطل بل على إيصال الحق لمستحقه فلم يأثم الحاكم لعذره ولا الخصم لأخذه حقه ولا الشاهد لإعانته ويتجه حمله على تعيينه طريقاً لوصول الحق لمستحقه ويجوز إثبات الوكالة بشهادة بعض الموكل أو الوكيل إذا لم يكن بجعل لأن التهمة ضعيفة.

. . . .

بفسق شهود قتل يحملونه من خطأ أو شبه عمد وشهادة غرماء مفلس بفسق شهود دين آخر ظهر عليه، لأنهم يدفعون بها ضرر المزاحمة.

تتمة ـ لا تقبل شهادة مغفل لا يضبط أصلاً أو غالباً، لعدم الوثوق بقوله، أما من لا يضبط نادراً والأغلب فيه الحفظ والضبط فتقبل شهادته قطعاً، لأن أحداً لا يسلم من ذلك، ومن تعادل غلطه وضبطه فالظاهر أنه كمن غلب غلطه ولا شهادة مبادر بشهادة قبل أن يستشهد، للتهمة، ولخبر الصحيحين أن النبيّ ﷺ قال: «خَيْرُ الْقُرُونِ قَرْنَيَ ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ثُمَّ يَجِيءُ قَوْمٌ يَشْهَدُونَ وَلاَ يُسْتَشْهَدُونَ»[١] فإن ذلك في مقام الذم لهم، وأما خبر مسلم: «أَلاَ أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهُودِ؟ الَّذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يَسْأَلَهَا»[٢] فمحمول على شهادة الحسبة وهي مأخوذة من الاحتساب وهو طلب الأجر فتقبل، سواء أسبقها دعوى أم لا،[٣] وسواء أكانت في غيبة المشهود عليه أم لا، وهي كغيرها من الشهادة في شروطها السابقة، في حقوق الله تعالى المتمحضة كصلاة وزكاة وصوم، بأن يشهد بتركها وفيما لله تعالى فيه حق مؤكد كطلاق وعتق وعفو عن قصاص وبقاء عدة وانقضائها وحد لله تعالى بأن يشهد بموجب ذلك والمستحب ستره إذا رأى المصلحة فيه، وإحصان وتعديل وكفارة، وبلوغ، وكفر وإسلام، وتحريم مصاهرة، وثبوت نسب، ووصية، ووقف، إذا عمت جهتهما ولو أخرت الجهة العامة فيدخل نحو ما أفتى به البغوي من أنه لو وقف داراً على أولاده ثم الفقراء فاستولى عليها ورثته وتملكوها فشهد شاهدان حسبة قبل انقراض أولاده بوقفيتها قبلت شهادتهما، لأن آخره وقف على الفقراء، لا إن خصت جهتهما فلا تقبل شهادتهما

(١) أخرجه البخاري ٧/ ٣ (٣٦٥٠) ومسلم ٤/ ١٩٦٤ (٢١٤ ـ ١٩٦٤).

(٢) أخرجه مسلم ٣/ ١٣٤٤ (١٩ ـ ١٧١٩).

(٣) يفرق بين ما هنا وبين امتناع إثبات الوصاية بشهادة بعضه بأن سلطنة الوصي أقوى وأتم وأوسع من سلطنة الوكيل وكذا لا تقبل بشهادة بعض الوكيل بدين للموكل وإن كان فيه تصديق فرعه مثلاً كما تقبل شهادة الأب وابنه في واقعة واحدة ولو ادّعى الإمام شيئاً لبيت المال قبلت شهادة بعضه به لأن الملك ليس للإمام ومثله ناظر وقف أو وصي ادّعى شيئاً لجهة الوقف أو للمولى عليه فشهد به بعض المدّعي لانتفاء التهمة بخلافها بنفس النظر والوصاية.

. . . .

لتعلقها بحقوق خاصة. وخرج بحقوق الله تعالى حقوق الآدميين كالقصاص، وحد القذف، والبيوع، والأقارير، لكن إذا لم يعلم صاحب الحق به أعلمه الشاهد به ليستشهده بعد الدعوى، وإنما تسمع شهادة الحسبة عند الحاجة إليها فلو شهد اثنان أن فلاناً أعتق عبده أو أنه أخو فلانة من الرضاع، لم يكف حتى يقولا: إنه يسترقه أو إنه يريد نكاحها.

وكيفية شهادة الحسبة أن الشهود يجيئون إلى القاضي ويقولون: نحن نشهد على فلان بكذا فأحضره لنشهد عليه، فإن ابتدؤوا وقالوا: فلان زنى فهم قذفة.

وما تقبل فيه شهادة الحسبة، هل تسمع فيه دعواها؟ وجهان: أوجههما كما جرى عليه ابن المقري تبعاً للإسنوي ونسبه الإمام للعراقيين لا تسمع؛ لأنه لا حق للمدعي في المشهود به، ومن له الحق لم يأذن في الطلب والإثبات بل أمر فيه بالإعراض والدفع ما أمكن، والوجه الثاني ـ ورجحه البلقيني أنها تسمع ويجب حمله على غير حدود الله تعالى ولذا فصل بعض المتأخرين فقال: إنها تسمع في محض حدود الله تعالى.

كِتَابُ العِتْقِ(١)

بمعنى الإعتاق، وهو لغة مأخوذ من قولهم عتق الفرس إذا سبق غيره، وعتق الفرخ إذا طار واستقل فكان العبد إذا فك من الرق تخلص واستقل، وشرعاً إزالة ملك عن آدمي لا إلى مالك تقرباً إلى الله تعالى وخرج بالآدمي الطير والبهيمة فلا يصح عتقهما كما في زوايا الخبايا عن الرافعي، أو ملك طائراً وأراد إرساله فوجهان أصحهما المنع، لأنه في معنى الشوائب. والأصل في مشروعيته قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ [البلد: ١٣] وقوله تعالى: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ﴾ أي بالإسلام: ﴿وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾ [الأحزاب: ٣٧] أي بالعتق كما قاله المفسرون وفي غير موضع

---

(١) ختم المصنف كتابه بالعتق رجاء أن الله يعتقه من النار وأخر عنه كتاب أمهات الأولاد لأن العتق به يستعقب الموت الذي هو خاتمة أمر العبد في الدنيا ويترتب العتق فيه على عمل عمله العبد في حياته والعتق فيه قهري مشوب بقضاء أوطار وهو قربة في حق من قصد به حصول ولد وما يترتب عليه من عتق وغيره والأصح أن العتق باللفظ أقوى من الاستيلاد لترتب سببه عليه في الحال وتأخره في الاستيلاد ولحصول المسبب بالقول قطعاً بخلاف الاستيلاد لجواز موت المستولدة. والعتق بالقول من الشرائع القديمة بدليل عتق ذي الكراع الحميري ثمانية آلاف وكان ذلك في الجاهلية وبدليل عتق أبي لهب ثويبة لما بشرته بولادة النبيّ ﷺ، وأما العتق بالاستيلاد فهو من خصوصيات هذه الأمة. واعلم أن العتق بالقول من المسلم قربة سواء المنجز والمعلق وأما صيغته فإن تعلق بها حث أو منع أو تحقيق خبر فليست قربة وإلا كانت قربة كإن طلعت الشمس فأنت حر مثلاً، وأما العتق بالفعل وهو الاستيلاد فليس قربة لأنه متعلق بقضاء أوطار إلا إن قصد به حصول عتق أو ولد فيكون قربة والمعتمد أنه قربة حتى من الكافر فيخفف به عنه عذاب غير الكفر كما في م د على التحرير والعتق اسم مصدر لأعتق والمصدر الإعتاق والمراد بالعتق ما يشمل ما كان بصيغة وهو ظاهر وما كان بغير صيغة كشراء القريب وقد ذكر المتن الأمرين فقول الشارح بمعنى الإعتاق فيه قصور على ما كان بصيغة فكان الأولى التعميم كذا قيل وقال العناني: إنما قال بمعنى الإعتاق ليرتب عليه التعريف وهو قوله إزالة الملك إذ العتق زوال الملك وهو أثر الإعتاق والرق عجز حكمي سببه ذلة الكفر وعبارة ع ش على م ر قوله بمعنى الإعتاق أشار به إلى أن العتق مجاز من باب إطلاق المسبب وإرادة السبب وهذا مبني على أن العتق لازم مطاوع لأعتق إذ يقال أعتق العبد فعتق وجوّز بعضهم استعماله متعدياً فيقال عتقت العبد.

وَيَصِحُّ الْعِتْقُ مِنْ كُلِّ مَالِكٍ جَائِزِ التَّصَرُّفِ فِي مِلْكِهِ.

فتحرير رقبة وفي الصحيحين: «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً أَعْتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهَا عُضْواً مِنْ أَعْضَائِهِ مِنَ النَّارِ حَتَّى الْفَرْجَ بِالْفَرْجِ»[1] وفي سنن أبي داود أن النبيّ ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً كَانَتْ فِدَاءَهُ مِنَ النَّارِ» وخصت الرقبة بالذكر في هذين الخبرين، لأن ملك السيد لرقيق كالغل في رقبته فهو محتبس به تحبس الدابة بالحبل في عنقها، فإذا أعتقه أطلقه من ذلك الغل الذي كان في رقبته، وقوله: «حتَّى الفَرْجَ بِالْفَرْجِ» خصه بالذكر إما لأن ذنبه فاحش وإما لأنه يختلف من المعتق والمعتق.

فائدة ـ أعتق النبيّ ﷺ ثلاثاً وستين نسمة وعاش ثلاثاً وستين سنة وأعتقت السيدة عائشة رضي الله تعالى عنها تسعاً وستين وعاشت كذلك[2]، وأعتق عبدالله بن عمر ألفاً وأعتق حكيم بن حزام مائة مطوقين بالفضة، وأعتق ذو الكراع الحميري في يوم ثمانية آلاف وأعتق عبد الرحمن بن عوف ثلاثين ألفاً رضي الله تعالى عنهم وحشرنا معهم آمين.

وأركانه ثلاثة: معتق، وعتيق، وصيغة، وقد شرع في الركن الأول فقال: (ويصح العتق من كل مالك) للرقبة (جائز التصرف في ملكه) أهل للتبرع والولاء مختار، ومن وكيل أو ولي في كفارة لزمت موليه، فلا يصح من غير مالك بلا إذن، ولا من غير مطلق التصرف من صبي، ومجنون، ومحجور عليه بسفه أو فلس، ولا من مبعض، ومكاتب، ومكره بغير حق، ويتصور الإكراه بحق في البيع بشرط العتق، ويصح من سكران، ومن كافر ولو حربياً، ويثبت ولاؤه على عتيقه المسلم،

(١) أخرجه البخاري ١١/ ٥٩٩ (٦٧١٥) ومسلم ٢/ ١١٤١ (٢٣ ـ ١٥٠٩).

(٢) فهو صريح فيهما كطلقك الله ويفارق نحو باعك الله حيث كان كناية لضعفها بعدم استقلالها بالمقصود بخلاف ذينك وقوله بعدم استقلالها أي لأنه لا بد معها من القبول فهو على قاعدة أن كل ما استقل به الإنسان إذا أسنده للّه كان صريحاً وما لا يستقل به الإنسان كالبيع إذا أسنده للّه كان كناية وقد نظم هذه القاعدة بعضهم فقال:

ما فيه الاستقلال بالإنشاء	وكان مسنداً لذي الآلاء
فهو صريح ضده كنايه	فكن لذا الضابط ذا درايه

وَيَقَعُ الْعِتْقُ بِصَرِيحِ الْعِتْقِ وَالتَّحْرِيرِ

سواء أعتقه مسلماً أم كافراً، ثم أسلم، ولا يصح عتق موقوف، لأنه غير مملوك، ولأن ذلك يبطل به حق بقية البطون، ويصح معلقاً بصفة محققة الوقوع وغيرها كالتدبير، لما فيه من التوسعة لتحصيل القربة، وإذا علق الإعتاق على صفة لم يملك الرجوع فيه بالقول، ويملكه بالتصرف كالبيع ونحوه، ولو باعه ثم اشتراه لم تعد الصفة، ولو علقه على صفة الموت ثم مات السيد لم تبطل الصفة، ويصح مؤقتاً ويلغو التأقيت، الركن الثاني: العتيق، ويشترط فيه أن لا يتعلق به حق لازم غير عتق يمنع بيعه كمستولدة، ومؤجل، بخلاف ما تعلق به ذلك كرهن على تفصيل مر بيانه، وهذا الركن لم يذكره المصنف، ثم شرع في الركن الثالث وهو الصيغة، وهي إما صريح وإما كناية، وقد شرع في القسم الأول بقوله: (ويقع العتق) أي ينفذ (بصريح) لفظ (العتق والتحرير) وما تصرف منهما كأنت عتيق أو معتق أو محرر أو حررتك، لورودهما في القرآن والسنة متكررين ويستوي في ألفاظهما الهازل واللاعب، لأن هزلهما جد كما رواه الترمذي وغيره، وكذا فكّ رقبة وما تصرف منه كمفكوك الرقبة صريح في الأصح، لوروده في القرآن.

فـروع ـ لو كان اسم أمته قبل إرقاقها حرة، فسميت بغيره فقال لها: يا حرة عتقت إن لم يقصد النداء باسمها القديم، فإن كان اسمها في الحال حرة لم تعتق إلا إن قصد العتق، ولو أقر بحرية رقيقه خوفاً من أخذ المكس منه إذا طالبه المكاس به وقصد الإخبار به لم يعتق باطناً، ولو قال لامرأة زاحمته: تأخري يا حرة فبانت أمته لم تعتق، ولو قال لعبده: افرغ من عملك وأنت حر وقال: أردت حراً من العمل لم يقبل ظاهراً ويدين، ولو قال: «اللّه أعتقك» عتق أو «أعتقك اللّه» فكذلك كما هو مقتضى كلام الشيخين ولو قال لعبده: أنت حر مثل هذا العبد وأشار إلى عبد آخر له لم يعتق ذلك العبد، كما بحثه النووي، لأن وصفه بالعبد يمنع عتقه، ويعتق المخاطب فإن قال مثل هذا ولم يقل العبد عتقاً كما صوبه النووي، وإن قال الإسنوي: إنما يعتق الأول فقط، ولو قال السيد لرجل: أنت تعلم أن عبدي حر عتق بإقراره، وإن لم يكن المخاطب عالماً بحريته، لا إن قال له: أنت تظن أو ترى، والصريح لا يحتاج إلى نية لإيقاعه كسائر الصرائح، لأنه لا يفهم منه غيره عند الإطلاق فلم يحتج لتقويته بالنية، ولأن

وَالْكِنَايَةِ مَعَ النِّيَّةِ. فَإِذَا أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدٍ عُتِقَ جَمِيعُهُ، وَإِنْ أَعْتَقَ شِرْكاً

هزله جد كما مر، فيقع العتق وإن لم يقصد إيقاعه، أما قصد الصريح لمعناه فلا بد منه ليخرج أعجمي لفظ بالعتق ولم يعرف معناه ثم شرع في القسم الثاني وهو الكناية بقوله (و) يقع العتق أيضاً بلفظ (الكناية) وهو ما احتمل العتق وغيره كقوله: لا ملك لي عليك، لا سلطان لي عليك، لا سبيل لي عليك، لا خدمة لي عليك، أنت سائبة، أنت مولاي، ونحو ذلك كأزلت ملكي، أو حكمي عنك، لإشعار ما ذكر بإزالة الملك مع احتمال غيره، ولذلك قال المصنف: (النية) أي لا بد من نية العتق وإن احتفت بها قرينة لاحتمالها غير العتق، فلا بد من نية التمييز كالإمساك في الصوم.

تنبيه - يشترط أن يأتي بالنية قبل فراغه من لفظ الكناية كما مر ذلك في الطلاق بالكناية ولو قال لعبده: يا سيدي هل هو كتابة أو لا؟ وجهان رجح الإمام أنه كتابة، وجرى عليه ابن المقري وهو الظاهر، ورجح القاضي والغزالي أنه لغو، لأنه من السؤدد وتدبير المنزل وليس فيه ما يقتضي العتق وصيغة طلاق أو ظهار صريحة أو كناية هنا أي فيما هو صالح فيه بخلاف قوله للعبد اعتد أو استبرىء رحمك أو لرقيقه أنا منك حر[1] فلا ينفذ به العتق ولو نواه، ولا يضر خطأ بتذكير أو تأنيث فقوله لعبده: أنت حرة، ولأمته أنت حر صريح، وتصبح إضافة العتق إلى جزء من الرقيق كما قال (فإذا أعتق) المالك (بعض عبد) معين كيده أو شائع منه كربعه (عتق جميعه) سراية كنظيره في الطلاق وسواء الموسر وغيره لما روى النسائي أَنَّ رَجُلاً أَعْتَقَ شَقْصاً مِنْ غُلَام فَذَكَرَ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَجَازَ عِتْقَه وَقَالَ: «لَيْسَ لِلَّهِ شَرِيكٌ» هذا إذا كانَ باقيه له فإن كان باقيه لغيره فقد ذكره بقوله (وإن أعتق شركاً) بكسر الشين أي نصيباً

---

(١) وكذا في شرح المنهج واعترضها بعضهم بأن الصواب أنا منك طالق وهو ما في أكثر النسخ منه لأن الكلام في صيغة الطلاق وأنا منك حر لا صريح ولا كناية لا في الطلاق ولا هنا أي فلا يكون قوله أنا منك طالق كناية في العتق وإن كان كناية في الطلاق. والفرق أن النكاح الذي ينحل بالطلاق يقوم بكل من الزوجين بدليل أنه لا يأخذ خامسة ولا كذلك هنا فإن الرق لا يقوم بالسيد كما يقوم بالعبد تأمل ع ش نقلاً عن شرح البهجة ومحل كونه غير كناية هنا ما لم يقصد به إزالة العلقة بينه وبين رقيقه وهي عدم النفقة ونحوها بحيث صار منه كالأجنبي وإلا كان كناية.

لَهُ فِي عَبْدٍ وَهُوَ مُوسِرٌ يَسْرِي الْعِتْقُ إِلَى بَاقِيهِ، وَكَانَ عَلَيْهِ قِيمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِهِ.

مشتركاً[(١)] (له في عبد) سواء كان شريكه مسلماً أم لأكثر نصيبه أم قل (وهو موسر يَسْرِي العتق) بمجرد تلفظه به (إلى باقيه) من غير توقف على أداء القيمة.

تنبيه ـ المراد بكونه موسراً أن يكون موسراً بقيمة حصة شريكه فاضلاً ذلك عن قوته وقوت من تلزمه نفقته في يومه وليلته، ودست ثوب يلبسه، وسكنى يوم على ما سبق في المفلس، ويصرف إلى ذلك كل ما يباع ويصرف في الديون (وكان عليه) بمجرد السراية (قيمة نصيب شريكه) يوم الإعتاق، لأنه وقت الإتلاف فإن أيسر ببعض حصته سرى إلى ما أيسر به من نصيب شريكه، والأصل في ذلك خبر الصحيحين: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثُمُن الْعَبْدِ قُوِّمَ الْعَبْدُ عَلَيْهِ قِيمَةَ عَدْلٍ» فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق عليه منه ما أعتق وفيه رواية: «وَمَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ قِيمَةَ الْعَبْدِ فَهُوَ عَتِيقٌ» واحترز بقيد يساره عن إعساره فإنه لا يسري بل الباقي ملك لشريكه، ويعتق نصيبه فقط والاعتبار باليسار بحالة الإعتاق، فلو أعتق وهو معسر ثم أيسر فلا تقويم كما قاله في الروضة، وقضية إطلاق التقويم شموله ما لو كان عليه دين بقدره وهو كذلك على الأظهر عند الأكثرين كما قاله في الروضة، لأنه مالك لما في يده نافذ تصرفه فيه، ولهذا لو اشترى به عبداً وأعتقه نفذ ويستثنى من السراية ما لو كان نصيب الشريك مستولداً بأن استولدها وهو معسر فلا سراية في الأصح، لأن السراية تتضمن النقل، ويجري الخلاف فيما لو استولدها أحدهما: وهو معسر ثم استولدها الآخر ثم أعتقهما أحدهما ولو كانت حصة الذي لم يعتق موقوفة لم يسر العتق إليها قولاً واحداً كما قال في الكفاية، ويستثنى صورتان لا تقويم فيهما على المعتق مع يساره، الأولى: ما إذا وهب الأصل لفرعه شقصاً من رقيق وقبضه ثم أعتق الأصل ما بقي في ملكه فإنه يسري إلى نصيب الفرع مع اليسار، ولا قيمة عليه على الراجح، والثانية: ما لو باع شقصاً من رقيقه ثم حجر على المشتري بالفلس فأعتق البائع نصيبه فإنه يسري إلى الباقي الذي له الرجوع فيه بشرط اليسار، ولا قيمة عليه، لأن عتقه صادف ما كان له أن يرجع فيه، ولو كان رقيق بين ثلاثة فأعتق

---

(١) الصواب إسقاطه لأن النصيب ليس مشتركاً وإنما المشترك العبد بتمامه.

وَمَنْ مَلَكَ وَاحِداً مِنْ وَالِدَيْهِ أَوْ مَوْلُودِيهِ عُتِقَ عَلَيْهِ،

اثنان منهم نصيبهما معاً وأحدهما معسر والآخر موسر قوم جميع نصيب الذي لم يعتق على هذا الموسر كما قال الشيخان، والمريض معسر إلا في ثلث ماله، فإذا أعتق نصيبه من رقيق شريكه وعتق جميعه وإن لم يخرج إلا نصيبه عتق بلا سراية ولا تختص السراية بالإعتاق، وحينئذ استيلاد أحد الشريكين الموسر الأمة المشتركة بينهما يسري إلى نصيب شريكه كالعتق بل أولى منه بالنفوذ، لأنه فعل وهو أقوى من القول، ولهذا ينفذ استيلاد المجنون والمحجور عليه دون عتقهما وإيلاد المريض من رأس المال، وإعتاقه من الثلث وخرج بالموسر المعسر فلا يسري استيلاده كالعتق، نعم إن كان الشريك المستولد أصلاً لشريكه يسري كما لو استولد الجارية التي كلها له وعلمه قيمة نصيب شريكه للإتلاف بإزالة ملكه، وعليه أيضاً حصته من مهر مثل للاستمتاع بملك غيره، ويجب مع ذلك أرش البكارة لو كانت بكراً، وهذا إن تأخر الإنزال عن تغييب الحشفة كما هو الغالب وإلا فلا يلزمه حصة المهر، لأن الموجب له تغييب الحشفة في ملك غيره وهو منتف، وشروط سراية العتق أربعة الأول: إعتاق المالك ولو بنائبه باختياره كشرائه جزء أصله، وليس المراد بالاختيار مقابل الإكراه بل المراد السبب في الإعتاق ولا يصح الاحتراز بالاختيار عن الإكراه، لأن الكلام فيما يعتق فيه الشقص، والإكراه لا عتق فيه، وخرج الاختيار ما لو ورث بعض فرعه أو أصله فإنه لم يسر العتق إلى باقيه، لأن التقويم سبيله سبيل ضمان المتلفات وعند انتقاء الاختيار لا صنع منه يعد إتلافاً، الشرط الثاني أن يكون له يوم الإعتاق مال يفي بقيمة الباقي أو ببعضه كما مر. الشرط الثالث أن يكون محلها قابلاً للنقل فلا سراية في نصيب حكم بالاستيلاد فيه، ولا إلى الحصة الموقوفة ولا إلى المنذور وإعتاقه. الشرط الرابع: أن يعتق نصيبه ليعتق أو لا ثم يسري العتق إلى نصيب شريكه، فلو أعتق نصيب شريكه لغا إذ لا ملك ولا تبعية، فلو أعتق نصيبه بعد ذلك سرى إلى حصة شريكه، ولو أعتق نصف المشترك وأطلق حمل على ملكه فقط، لأن الإنسان إنما يعتق ما يملكه كما جزم به صاحب الأنوار (ومن ملك واحداً من والديه أو مولوديه) من النسب بكسر الدال فيهما ملكاً قهرياً كالإرث أو اختيارياً كالشراء والهبة (عتق عليه) أما الأصول فلقوله تعالى: ﴿وَٱخۡفِضۡ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ مِنَ ٱلرَّحۡمَةِ﴾ [الإسراء: ٢٤] ولا يتأتى خفض الجناح مع

الاسترقاق ولما في صحيح مسلم: «لَنْ يَجْزِيَ وَلَدٌ وَالِدَهُ إِلاَّ أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكاً فَيَشْتَرِيَهُ فَيُعْتِقَهُ»[١] أي بالشراء لا أن الولد هو المعتق بإنشائه العتق كما فهمه داود الظاهري بدليل رواية فيعتق عليه، وأما الفروع فلقوله تعالى: ﴿وَمَا يَنْبَغِي لِلرَّحْمٰنِ أَنْ يَتَّخِذَ وَلَداً إِنْ كُلُّ مَنْ فِي السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ إِلاَّ آتِي الرَّحْمَنَ عَبْداً﴾ [مريم: ٩٢، ٩٣] وقال تعالى: ﴿وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَداً سُبْحانَهُ بَلْ عِبَادٌ مُكْرَمُونَ﴾ [الأنبياء: ٢٦] دل على نفي إجماع الولدية والعبدية.

تنبيه ـ شمل قول والديه أو مولوديه الذكور منهم والإناث علوا أو سفلوا اتحد دينهما أم لا لأنه حكم متعلق بالقرابة فاستوى فيه من ذكرناه وخرج من عداهما من الأقارب كالإخوة والأعمام فإنهم لا يعتقون بالملك، لأنه لم يرد فيه نص ولا هو في معنى ما ورد فيه نص لانتفاء البعضية عنه، وأما خبر: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ فَقَدْ عُتِقَ عَلَيْهِ»[٢] فضعيف بل قال النسائي إنه منكر وخرج بقولنا من النسب أصله أوَ فرعه من الرضاع فإنه لا يعتق عليه.

تتمة ـ لا يصح شراء الولي لطفل أو مجنون أو سفيه قريبه الذي يعتق عليه، لأنه إنما يتصرف عليه بالغبطة ولا غبطة، لأنه يعتق عليه، ولو وهب لمن ذكر أو وصى به ولم تلزمه نفقته كأن كان هو معسراً وفرعه كسوباً فعلى الولي قبوله ويعتق على موليه لانتفاء الضرر وحصول الكمال للمبعض، فإن لزمته نفقته لم يجز للولي قبوله، ولو ملك أصله أو فرعه في مرض موته مجاناً كأن ورثه أو وهب له عتق عليه من رأس المال، لأن الشرع أخرجه عن ملكه فكأنه لم يدخل، هذا هو المعتمد كما صححه في الروضة كالشرحين، وإن صح في المنهاج أنه يعتق من ثلثه وأن يكون ملكه بعوض وبلا محاباة عتق من ثلثه، لأنه فوت على الورثة ما بذلوه من الثمن ولا يرثه، لأنه لو ورثه لكان عتقه تبرعاً على الورثة فيبطل لتعذر إجازته لتوقفها على إرثه المتوقف على عتقه

(١) أخرجه مسلم ٢/١١٤٨ (٢٥ ـ ١٥١٠).
(٢) أخرجه أحمد في المسند ٥/٢٠ وأبو داود ٤/٢٥٩ (٣٩٤٩) والترمذي ٣/٦٤٦ (١٣٦٥) وابن ماجة ٢/٤٨٣ (٢٥٢٤) والحاكم في المستدرك ٢/٢١٤ وصححه وأقره الذهبي.

وَالْوَلَاءُ مِنْ حُقُوقِ الْعِتْقِ،

المتوقف عليها فيتوقف كل من إجازته وإرثه على الآخر فيمتنع إرثه، فإن كان المريض مديناً بدين مستغرق لما له عند موته بيع للمدين ولا يعتق منه شيء لأن عتقه يعتبر من الثلث والدين يمنع منه، وإن ملكه بعوض بمحاباة من البائع فقدرها كملكه مجاناً فيكون من رأس المال والباقي من الثلث، ولو وهب لرقيق جزء بعض سيده فقبل عتق قال في المنهاج وسرى، وعلى سيده قيمة باقية، لأن الهبة له هبة لسيده في الروضة ينبغي أن لا يسري، لأنه دخل في ملكه قهراً كالإرث وهذا هو الظاهر كما اعتقده البلقيني، وقال ما في المنهاج وجه ضعيف غريب لا يلتف إليه.

(فَصْـلٌ فِي أَحْكَامِ الْوَلَاءِ)[1]

وهو بفتح الواو والمد لغة الفردية مأخوذة من الموالاة وهي المعاونة والمقاربة وشرعاً عصوبة سببها زوال الملك عن الرقيق بالحرية وهي متراخية عن عصوبة النسب فيرث المعتق بها المعتق، ويلي أمر النكاح والصلاة ويعقل والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَمَوَالِيكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥] وقوله ﷺ: «إِنَّما الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[2] وقوله ﷺ: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ» أي اختلاط كاختلاط النسب لا يباع ولا يوهب واللحمة بضم اللام القرابة، ويجوز فتحها، ولا يورث بل يورث به، لأنه لو ورث لاشترك فيه الرجال والنساء كسائر الحقوق (والولاء من حقوق العتق) اللازمة له فلا ينتفي بنفيه فلو أعتقه على أن لا ولاء

---

(١) قيل كان الأنسب تأخيره عن أبواب العتق كلها لأنه يترتب على جميع أنواعه كما يأتي في قوله سواء كان منجزاً الخ إلا أن يقال إنه ذكره بعد العتق بالقول لثبوته للمعتق ولعصبته بخلاف التدبير والاستيلاد فإن الولاء فيهما للعصبة فقط منه أي فكأنه أحد أقاربه (قوله بالحرية) الأولى بالعتق (قوله متراخية) أي أحكامها المترتبة عليها متأخرة عن أحكام النسب المترتبة عليه (قوله والصلاة) أي عليه (قوله لحمة) أي تشابه واختلاط كما تخالط اللحمة سدي الثوب حتى يصير كالشيء الواحد لما بينهما من المداخلة الشديدة والسدى بفتح السين مع القصر هو المسمى عند الناس بالقيام ويسمونه أيضاً بالمسدية اهـ.

(٢) ذكره ابن الملقن في الخلاصة ٢/٤٥٦ وقال: متفق عليه من رواية عائشة في قصة بريرة.

وَحُكْمُهُ حُكْمُ التَّعْصِيبِ عِنْدَ عَدَمِهِ،

له عليه أو أنه لغيره لغا الشرط لقوله ﷺ: «وَكُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ قَضَاءُ اللّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُهُ أَوْثَقُ إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[1] ويثبت له الولاء سواء حصل العتق منجزاً أم بصفة أم بكتابة بأداء النجوم، أم بتدبير، أم باستيلاد، أم بقرابة كأن ورث قريبه الذي يعتق عليه أو ملكه ببيع أو هبة أو وصية أو شراء الرقيق نفسه فإنه عقد عتاقة، أم ضمناً كقوله لغيره: أعتق عبدك عني فأجابه أما ولاؤه بالإعتاق فللخبر السابق وأما بغيره فبالقياس عليه، أما إذا أعتق غيره عبده عنه بغير إذنه فإنه يصح أيضاً لكن لا يثبت له الولاء وإنما يثبت للمالك خلافاً لما وقع في أصل الروضة من أنه يثبت له لا للمالك، واستثنى من ذلك ما لو أقر بحرية عبد ثم اشتراه، فإنه يعتق عليه ولا يكون ولاؤه له بل هو موقوف، لأن الملك بزعمه لم يثبت له، وإنما عتق مؤاخذة له بقوله: وما لو أعتق الكافر كافراً فلحق العتيق بدار الحرب واسترق ثم أعتقه السيد الثاني فولاؤه للثاني، وما لو أعتق الإمام عبداً من عبيد بيت المال فإنه يثبت الولاء عليه للمسلمين لا للمعتق.

تنبيه ـ يثبت الولاء للكافر على المسلم كعكسه وإن لم يتوارثا كما تثبت علقة النكاح والنسب بينهما وإن لم يتوارثا، ولا يثبت الولاء بسبب آخر غير الإعتاق كإسلام شخص على يد غيره وحديث: «مَنْ أَسْلَمَ عَلَى يَدِ رَجُلٍ فَهُوَ أَحَقُّ النَّاسِ بِمَحْيَاهُ وَمَمَاتِهِ» قال البخاري اختلفوا في صحته وكالتقاطه وحديث: «تَحُوزُ الْمَرْأَةُ ثَلَاثَةَ مَوَارِيثَ عَتِيقَهَا وَلَقِيطَهَا وَوَلَدَهَا الَّذِي لَاعَنَتْ عَلَيْهِ»[2] ضعفه الشافعي وغيره (وحكمه) أي الإرث بالولاء (حكم التعصيب) بالنسب في أربعة أحكام المتقدم في صلاة الجنازة والإرث به وولاية التزويج وتحمل الدية (عند عدمه) أي التعصيب النسب وإنما قدم النسب

---

(١) ذكره ابن الملقن في الخلاصة ٢/٤٥٧ وقال: متفق عليه من رواية عائشة في قصة بريرة رضي الله عنهما وهو في البخاري في كتاب البيوع (٢١٦٨) وفي مسلم ٢/١١٤١ (٦ ـ ١٥٠٤).

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٣/ ٤٩٠ وأبو داود ٣/ ٣٢٥ (٢٩٠٦) والترمذي ٤/٤٢٩ (٢١١٥) وابن ماجة ٢/٩١٦ (٢٧٤٢) والدارقطني ٤/٨٩ والحاكم ٤/ ٣٤٠ وقال: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه وأقره الذهبي والبيهقي في السنن ٦/ ٢٤٠.

وَيَنْتَقِلُ عَنِ الْمُعْتِقِ إِلَى الذُّكُورِ مِنْ عَصَبَتِهِ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْوَلَاءِ وَلَا هِبَتُهُ.

لقوته (وينتقل) الولاء (عن المعتق) بعد موته (إلى الذكور من عصبته) أي المعتق المتعصبين بأنفسهم دون سائر الورثة ومن يعصبهم العاصب، لأنه لا يورث كما مر فلو انتقل إلى غيرهم لكان موروثاً.

تنبيه ـ ظاهر كلامه أن الولاء لا يثبت للعاصب مع وجود المعتق، وليس مراداً بل يثبت لهم في حياته، والمتأخر لهم عنه إنما هو فوائده، ولا ترث امرأة بولاء إلا من عتيقها للخبر السابق أو منتمياً إليه بنسب أو ولاء، فإن عتق عليها أبوها كأن اشترته ثم أعتق عبداً فمات بعد موت الأب بلا وارث من النسب للأب والعبد فمال العتيق للبنت لا لكونها بنت معتقه لما مر أنها لا ترث بل لأنها معتقة المعتق، ومحل ميراثها إذا لم يكن للأب عصبة، فإن كان الأخ أو ابن عم فميراث العتيق له، ولا شيء لها، لأن معتق المعتق متأخر عن عصبة النسب قال الشيخ أبو علي: سمعت بعض الناس يقول: أخطأ في هذه المسألة أربعمائة قاض، فقالوا: إن الميراث للبنت، لأنهم رأوها أقرب وهي عصبة له بولائها عليه، ووجه الغفلة أن المقدم في الولاء المعتق، ثم عصبته، ثم معتقه، ثم عصباته، ثم معتق معتقه، ثم عصباته، وهكذا، ووارث العبد هنا عصبته فكان مقدماً على معتق معتقه، ولا شيء لها مع وجوده، ونسبة غلط القضاة في هذه الصورة حكاه الشيخان، قال الزركشي: والذي حكاه الإمام عن غلطهم فيما إذا اشترى أخ وأخت أباهما فأعتق الأب عبداً ومات ثم مات العتيق قالوا: ميراثه بين الأخ والأخت، لأنهما معتقا معتقه، وهو غلط، وإنما الميراث للأخ وحده، والولاء لأعلى العصبات في الدرجة والقرب، مثاله: ابن المعتق مع ابن ابنه، فلو مات المعتق عن ابنين أو أخوين فمات أحدهما وخلف ابناً فالولاء لعمه دونه، وإن كان هو الوارث لأبيه، فلو مات الآخر وخلف تسعة بنين فالولاء بين العشرة بالسوية، ولو أعتق عتيق أبا معتقه فلكل منهما الولاء على الآخر وإن أعتق أجنبي أختين لأبوين أو لأب فاشتريتا أباهما فلا ولاء لواحدة منهما على الأخرى، ولو أعتق كافر مسلماً وله ابن مسلم وابن كافر ثم مات العتيق بعد موت معتقه فولاؤه للمسلم فقط، ولو أسلم الآخر قبل موته فولاؤه لهما، ولو مات في حياة معتقه فميراثه لبيت المال (ولا يجوز بيع الولاء ولا هبته) لأن الولاء كالنسب فكما لا يصح بيع النسب ولا هبته فكذلك لا يصح بيع الولاء

وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: إِذَا مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ

ولا هبته، ولأَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْوَلَاءِ وَهِبَتِهِ» متفق عليه.

تتمة ـ لو نكح عبد معتقة فأتت بولد فولاؤه لمولى الأم، لأنه المنعم عليه فإنه يعتق بإعتاق أمه، فإذا عتق الأب انجر الولاء من موالي الأم إلى موالي الأب، لأن الولاء فرع النسب، والنسب إلى الآباء دون الأمهات، وإنما ثبت لموالي الأم لعدمه من جهة الأب، فإذا أمكن عاد إلى موضعه، ومعنى الانجرار أنه ينقطع من وقت عتق الأب عن موالي الأم، فإذا انجر إلى موالي الأب فلم يبق منهم أحد لم يرجع إلى موالي الأم بل يكون الميراث لبيت المال، ولو مات الأب رقيقاً وعتق الجد والأب رقيق انجر الولاء من موالي الأم إلى موالي الجد أيضاً، فإن عتق الأب بعد الجد انجر الولاء من موالي الجد إلى موالي الأب، لأن الجد إنما جره لكون الأب كان رقيقاً فلما عتق كان أولى بالجر، لأنه أقوى من الجد في النسب، ولو ملك هذا الولد الذي ولاؤه لموالي أمه أباه جر ولاء إخوته لأبيه من موالي أمهم إليه، ولا يجر ولاء نفسه، لأنه لا يمكن أن يكون له على نفسه ولاء، ولهذا لو اشترى العبد نفسه أو كاتبه سيده وأخذ النجوم كان الولاء عليه لسيده كما مرت الإشارة إليه.

(فَصْلٌ) فِي التَّدْبِيرِ

التدبير وهو لغة النظر في عواقب الأمور، وشرعاً: تعليق عتق بالموت الذي هو دبر الحياة فهو تعليق عتق بصفة لا وصية، ولهذا لا يفتقر إلى إعتاق بعد الموت ولفظه مأخوذ من الدبر، لأن الموت دبر الحياة وكان معروفاً في الجاهلية فأقره الشرع. والأصل فيه قبل الإجماع خبر الصحيحين: «أَنَّ رَجُلاً دَبَّرَ غُلَاماً لَيْسَ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ فَبَاعَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»[1] فتقريره ﷺ له وعدم إنكاره يدل على جوازه، وأركانه ثلاثة: صيغة ومالك ومحل وهو الرقيق وشرط فيه كونه رقيقاً غير أم ولد، لأنها تستحق العتق بجهة أقوى من التدبير ويشترط في الصيغة لفظ يشعر به، ومعناه ما في الضمان وهو إما صريح كما يؤخذ من قوله (ومن قال لعبده إذا مت) أنا (فأنت حر) أو أعتقتك

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٤١) ومسلم (٩٩٧).

فَهُوَ مُدَبَّرٌ يُعْتَقُ بَعْدَ وَفَاتِهِ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ.

أو حررتك بعد موتي أو دبرتك أو أنت مدبر. وإما كناية وهو ما يحتمل التدبير وغيره كخليت سبيلك أو حسبتك بعد موتي ناوياً العتق (فهو مدبر) وحكمه أنه (يعتق) عليه (بعد وفاته) أي السيد محسوباً (من ثلث ماله) بعد الدين وإن وقع التدبير في الصحة فلو استغرق الدين التركة لم يعتق منه شيء أو نصفها، وهي هو فقط بيع نصفه في الدين، وعتق ثلث الباقي منه وإن لم يكن دين ولا مال غيره عتق ثلثه.

فائدة ـ الحيلة في عتق الجميع بعد الموت وإن لم يكن له مال سواه أن يقول هذا الرقيق حر قبل مرض موتي بيوم وإن مت فجأة فقبل موتي بيوم فإذا مات بعد التعليقين بأكثر من يوم عتق من رأس المال ولا سبيل لأحد عليه، ويصح التدبير مقيداً بشرط كأن مت في هذا الشهرُ وليس له التصرف بما يزيل الملك وهذا ليس بتدبير في الصورتين مدبراً حتى يدخل، وشرط لحصول العتق دخوله قبل موت سيده، فإن مات السيد قبل الدخول فلا تدبير، فإن قال: إن مت ثم دخلت الدار فأنت حر، اشترط دخوله بعد موته ولو متراخياً عن الموت، وللوارث كسبه قبل الدخول، وليس له التصرف فيه بما يزيل الملك كالبيع لتعلق حق العتيق به كقوله: إذا مت ومضى شهر مثلاً بعد موتي فأنت حر فللوارث كسبه في الشهر، وليس له التصرف بما يزيل الملك، وهذا ليس بتدبير في الصورتين بل تعليق بصفة، لأن المعلق عليه ليس هو الموت فقط ولا مع شيء قبله، ولو قال: إن شئت فأنت حر بعد موتي اشترط وقوع المشيئة قبل الموت فوراً، فإن أتى بصيغة نحو: متى لم يشترط الفور، ولو قالا لعبدهما: إذا متنا فأنت حر لم يعتق حتى يموتا معاً أو مرتباً، فإن مات أحدهما فليس لوارثه بيع نصيبه، لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك، وله كسبه ثم عتقه بعد موتهما معاً عتق تعليق بصفة لا عتق تدبير، لأن كلاًّ منهما لم يعلقه بموته بل بموته وموت غيره، وفي موتهما مرتباً يصير نصيب المتأخر موتاً بموت المتقدم مدبراً دون نصيب المتقدم، ويشترط في المالك أن يكون مختاراً، وعدم صبا وجنون، فيصح من سفيه ومفلس ولو بعد الحجر عليهما، ومن مبعض وكافر ولو حربياً، لأن كلاًّ منهم صحيح العبارة والملك ومن سكران، لأنه كالمكلف حكماً وتدبير مرتد موقوف إن أسلم بانت صحته، وإن مات مرتداً بان فساده، ولحربي حمل مدبره لداره، لأن أحكام الرق باقية، ولو دبر كافر مسلماً بيع

وَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ وَيَبْطُلُ تَدْبِيرُهُ. وَحُكْمُ الْمُدَبَّرِ فِي حَالِ حَيَاةِ السَّيِّدِ كَحُكْمِ القِنِّ.

عليه إن لم يزل ملكه عند، أو دبر كافراً فأسلم نزع منه وجعل عند عدل، ولسيده كسبه وهو باق على تدبيره لا يباع عليه لتوقع الحرية (ويجوز له) أي السيد الجائز التصرف (أن يبيعه) أي المدبر أو يهبه ويقبضه ونحو ذلك من أنواع التصرفات المزيلة للملك (في حال حياته) كما قبل التدبير (ويبطل تدبيره) بإزالة ملكه عنه للخبر السابق، فلا يعود وإن ملكه بناء على عدم عود الحنث في اليمين، وخرج بجائز التصرف السفيه، فإنه لا يصح بيعه وإن صح تدبيره، ويبطل أيضاً بإيلاد مدبرة، لأنه أقوى منه بدليل أنه لا يعتبر من الثلث، ولا يمنع منه الدين بخلاف التدبير فيرفعه الأقوى كما يرفع ملك اليمين النكاح، ولا يبطل التدبير بردة السيد ولا المدبر صيانة لحق المدبر عن الضياع فيعتق بموت السيد، وإن كانا مرتدين ولا رجوع عنه باللفظ كفسخه أو نقضه كسائر التعليقات، ولا بإنكار التدبير كما أن إنكار الردة ليس إسلاماً وإنكار الطلاق ليس رجعة فيحلف أنه ما دبره ولا وطىء مدبرته، ويحل وطؤها لبقاء ملكه، ويصح تدبير المكاتب كما يصح تعليق عتقه بصفة وكتابة مدبر، وصح تعليق كل منهما بصفة ويعتق بالأسبق من الوصفين.

تنبيه ـ حمل من دبرت حاملاً مدبر تبعاً لها وإن انفصل قبل موت سيدها لا إن بطل قبل انفصاله تدبيرها بلا موتها كبيع فيبطل تدبيره أيضاً، ويصح تدبير حمل كما يصح إعتاقه ولا تتبعه أمه، لأن الأصل لا يتبع الفرع، فإن باعها فرجوع عنه ولا يتبع مدبراً ولده وإنما يتبع أمه في الرق والحرية (وحكم) الرقيق (المدبر في حياة السيد حكم العبد القن) في سائر الأحكام إلا في رهنه فإنه باطل على المذهب الذي قطع به الجمهور كما قاله في الروضة في بابه والقن بكسر القاف وتشديد النون هو من لم يتصل به شيء من أحكام العتق ومقدماته، بخلاف المدبر، والمكاتب، والمعلق عتقه بصفة، والمستولدة، سواء أكان أبواه مملوكين أو عتيقين أو حرين أصليين بأن كانا كافرين واسترق هو كما قاله النووي في تهذيبه.

تتمة ـ لو وجد مع مدبر مال أو نحو في يده بعد موت سيده فتنازع هو والوارث فيه فقال المدبر: كسبته بعد موت سيدي وقال الوارث: بل قبله صدق المدبر بيمينه،

. . . .

لأن اليد له فترجح وهذا بخلاف ولد المدبرة إذا قالت ولدته بعد موت السيد فهو حر وقال الوارث بل قبله فهو قن، فإن القول قول الوارث، لأنها تزعم حريته، والحر لا يدخل تحت اليد، وتقدم بينة المدبر على بينة الوارث إذا أقاما بينتين على ما قالاه لاعتضادها باليد، ولو دبر رجلان أمتهما وأتت بولد وادعاه أحدهما لحقه وضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف مهرها وصارت أم ولد له، وبطل التدبير، وإن لم يأخذ شريكه نصف قيمتها لأن السراية لا تتوقف عن أخذها وبلغو رد المدبر التدبير في حياة السيد وبعد موته كما في المعلق عتقه بصفة ولو قال لأمته: أنت حرة بعد موتي بعشر سنين مثلاً لم تعتق إلا بمضي تلك المدة من حين الموت، ولا يتبعها ولدها في حكم الصفة إلا إن أتت به بعد موت السيد ولو قبل مضي المدة فيتبعها في ذلك العتق من رأس المال كولد المستولدة بجامع أن كلاً منهما لا يجوز إرقاقه، ويؤخذ من القياس أن محل ذلك إذا علقت به بعد الموت، ولو قال لعبده: إذا قرأت القرآن ومت فأنت حر، فإن قرأ القرآن قبل موت السيد عتق لموته، وإن قرأ بعضه لم يعتق لموت السيد، وإن قال: إن قرأت قرآناً ومت فأنت حر فقرأ بعض القرآن ومات السيد عتق، والفرق التعريف والتنكير، كذا نقله البغوي عن النص، قال الدميري: والصواب ما قاله الإمام في المحصول أن القرآن يطلق على القليل والكثير، لأنه اسم جنس كالماء والعسل لقوله تعالى: ﴿نَحْنُ نَقُصُّ عَلَيْكَ أَحْسَنَ الْقَصَصِ بِمَا أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ هَذَا الْقُرْآنَ﴾ [يوسف: ٣] وهذا الخطاب كان بمكة بالإجماع، لأن السورة مكية وبعد ذلك نزل كثير من القرآن، وما نقل عن النص ليس على هذا الوجه، فإن القرآن بالهمز عند الشافعي يقع على القليل والكثير والقرآن بغير همز عنده اسم جمع كما أفاده البغوي في تفسير سورة البقرة ولغة الشافعي بغير همز، والواقف على كلام الشافعي رضي الله تعالى عنه يظنه مهموزاً وإنما نطق في ذلك بلغته المألوفة لا بغيرها وبهذا اتضح الإشكال وأجيب عن السؤال.

وَالْكِتَابَةُ مُسْتَحَبَّةٌ إِذَا سَأَلَهَا الْعَبْدُ وَكَانَ مَأْمُوناً مُكْتَسِباً.

(فَصْلٌ) فِي الـكِتَابَةِ[١]

بكسر الكاف على الأشهر هي لغة الضم والجمع، لأن فيها ضم نجم إلى نجم، والنجم يطلق على الوقت أيضاً الذي يحل فيه مال الكتابة كما سيأتي، وسميت كتابة للعرف الجاري بكتابة ذلك في كتاب يوافقه، وشرحها عقد عتق بلفظها بعوض منجم[٢] بنجمين فأكثر، ولفظها إسلامي لا يعرف في الجاهلية، والأصل فيها قبل الإجماع آية: ﴿والَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً﴾ [النور: ٣٣] وخبر: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ»[٣] رواه أبو داود وغيره والحاجة داعية إليها (والكتابة مستحبة لا واجبة) وإن طلبها الرقيق قياساً على التدبير[٤]، وشراء القريب، ولئلا يتعطل أثر الملك وتتحكم المماليك على المالكين وإنما تستحب (إذا سألها العبد) من سيده (وكان مأموناً) أي أميناً فيما يكسبه بحيث لا يضيعه في معصية (مكتسباً) أي قادراً على الكسب، وبهما فسر الشافعي[٥] رضي الله

(١) ذكرها بعد التدبير لأن العتق في كل معلق وإن كان هناك معلقاً بالموت وهنا معلقاً بأداء النجوم قيل أول من كوتب عبد لعمر بن الخطاب رضي الله عنه يقال له أبو أمية كما قاله الشيخ س ل ولفظها إسلامي لا يعرف في الجاهلية بخلاف التدبير فإنه عقد جاهلي. العزيزي وبعضه في ق ل ورأيت بهامش شرح الروض أنها كانت في الجاهلية أيضاً. والكتابة خارجة عن قواعد المعاملات لدورانها بين السيد وعبده ولأنها بيع ماله وهو رقبة عبده بماله وهو الكسب أي المكسوب وهو النجوم وأيضاً فيها ثبوت مال في ذمة قنّ لمالكه ابتداء وثبوت ملك للقن اهـ عبدالبر قال البلقيني وليس لنا عقد يتوقف على صيغة مخصوصة إلا السلم والنكاح والكتابة اهـ فالمراد بالصيغة المخصوصة الجنس وهي في النكاح زوّجتك وأنكحتك فقط وفي السلم لفظ السلم والسلف لا غير والبيع ونحوه لهما صيغ كثيرة.

(٢) أي مؤقت بنجمين أي وقتين ويطلق النجم على القدر الذي يؤدى في وقت معين.

(٣) أخرجه أبو داود ٤/٢٤٢ (٣٩٢٦) والترمذي (١٢٦٠) وابن ماجة (٢٥١٩) والحاكم ٢/٢١٨ والبيهقي ١٠/٣٢٣.

(٤) أي في عدم وجوبه لا في استحبابه فليست مقيسة عليه فيه لأن استحبابها بالنص وهو قوله تعالى ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾ والتدبير ليس سنة.

(٥) أي لأنه نكرة في سياق الشرط فعمت والمراد بما تضمنتاه من الأمانة والكسب كما هو ظاهر.

. . . .

تعالى عنه الخير في الآية[١]، واعتبرت الأمانة لئلا يضيع ما يحصله فلا يعتق والقدرة على الكسب ليوثق بتحصيل النجوم، وتفارق[٢] الإيفاء حيث أجرى على ظاهر الأمر من الوجوب ما سيأتي، لأنه مواساة وأحوال الشرع لا تمنع وجوبها كالزكاة.

تنبيه ـ قوله: مكتسباً قد يوهم أنه أي كسب كان، وليس مراداً، بل لا بد أن يكون قادراً على كسب يوفي ما التزمه من النجوم، فإن فقد شرط من هذه الثلاثة وهي السؤال والأمانة والقدرة على الكسب فمباحة إذ لا يقوى رجاء العتق بها ولا تكره بحال[٣] لأنها عند فقد ما ذكر تفضي إلى العتق، نعم إن كان الرقيق فاسقاً بسرقة أو نحوها وعلم السيد أنه لو كاتبه مع العجز عن الكسب لاكتسب بطريق الفسق كرهت كما قاله الأذرعي، وأركانها أربعة: سيد، ورقيق، وصيغة، وعوض، وشرط في السيد وهو الركن الأول ما مر في المعتق من كونه مختاراً، أهل تبرع وولاء، لأنها تبرع وآيلة للولاء فتصح من كافر أصلي، وسكران، لا من مكره، ومكاتب، وإن أذن له سيده،

---

(١) ويطلق الخير أيضاً على المال كما في قوله ﴿وإنه لحب الخير لشديد﴾ وعلى العمل كقوله تعالى ﴿فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره﴾.

(٢) أي الكتابة حيث أجرى الأمر فيها وهو قوله تعالى ﴿فكاتبوهم﴾ الخ على غير ظاهره وهذا جواب عن سؤال تقديره ما الفرق بين قوله ﴿فكاتبوهم﴾ وقوله ﴿وآتوهم﴾ حيث حملوا الأوّل على الندب والثاني على الوجوب فهلا كانا للوجوب أو للندب أجاب الشارح بقوله وتفارق الخ.

(٣) فهي مباحة أي من حيث ذاتها وإلا فقد تكره لعارض كأن ظن كسبه بمحرم وتحرم إن علم ذلك كفجور وقد تجب كما علم مما مر في نفقة الرقيق إذا توقفت نفقته على بيت المال المتوقف على كتابته مثلاً فراجعه فتعتريها الأحكام الخمسة ق ل وعبارة شرح م ر ولا تكره بحالّ نعم إن كان الرقيق فاسقاً بسرقة أو نحوها وعلم سيده أنه لو كاتبه مع العجز عن الكسب لاكتسب بطريق الفسق قال الأذرعي فلا يبعد تحريمها لتضمنها التمكين من الفساد وهو قياس حرمة الصدقة والفرض إذا علم من أحدهما صرفهما في محرم وإن امتنع العبد منها وقد طلبها سيده لم يجبر عليها كعكسه اهـ وقوله فلا يبعد تحريمها ومثل ذلك ما لو غلب على ظن السيد أن ما يكتسبه من المباحات يصرفه في المعصية فتحرم الكتابة لتأديتها إلى تمكينه من المعصية بما اكتسبه وكتب أيضاً فلا يبعد تحريمها أي ومع ذلك فإن ملك ما يكسبه كأن حصله من غير جهة الحرمة وصرف ما كسبه من الحرمة في مؤنته مثلاً ثم أدى ما ملكه عن النجوم عتق وإلا فلا.

وَلاَ تَصِحُّ إلاَّ بِحَالٍ مَعْلُوم إِلَى أَجَل مَعْلُوم

ولا من صبي، ومجنون، ومحجور بسفه وأوليائهم، ولا من محجور فلس، ولا من مرتد، لأن ملكه موقوف، والعقود لا توقف على الجديد ولا من مبعض، لأنه ليس أهلاً للولاء، وكتابة مريض مرض الموت محسوبة من الثلث، فإن خلف مثلي قيمته صحت في كله أو مثل قيمته ففي ثلثيه أو لم يخلف غيره ففي ثلثه، وشرط في الرقيق وهو الركن الثاني اختيار، وعدم صبي، وجنون، وأن لا يتعلق به حق لازم، وشرط في الصيغة وهو الركن الثالث لفظ يشعر بالكتابة، وفي معناه ما مر في الضمان إيجاباً ككاتبتك، وأنت مكاتب على كذا كألف منجماً مع قوله إذا أديته مثلاً فأنت حر لفظاً أو نية، وقبولاً كقبلت ذلك، وشرط في العوض وهو الركن الرابع كونه مالاً كما تعرض له المصنف رحمه الله تعالى ولم يذكر غيره من الأركان بقوله (ولا تصح) أي الكتابة (إلا بمال) في ذمة المكاتب نقداً كان أو عرضاً موصوفاً بصفة السلم، لأن الأعيان لا يملكها حتى يورد العقد عليها (معلوم) عندهما قدراً وجنساً وصفة ونوعاً، لأنه عوض في الذمة فاشترط فيه العلم بذلك كدين السلم ويكون (إلى أجل معلوم) ليحصله ويؤديه فلا تصح بالحال ولو كان المكاتب مبعضاً، لأن الكتابة عقد خالف القياس في وضعه فاعتبر فيه سنن السلف، والمأثور عن الصحابة رضي الله تعالى عنهم فمن بعدهم قولاً وفعلاً إنما هو التأجيل، ولم يعقدها أحد منهم حالة ولو جاز لم يتفقوا على تركه مع اختلاف الأغراض خصوصاً وفيه تعجيل عتق.

تنبيه ـ لو كان العوض منفعة في الذمة كبناء دارين في ذمته وجعل لكل واحدة منهما وقتاً معلوماً جاز، كما يجوز أن تجعل المنافع ثمناً وأجرة، أما لو كان العوض منفعة[1] عين فإنه لا يصح تأجيلها، لأن الأعيان لا تقبل التأجيل، ثم إن كان العوض منفعة عين حالة نحو كاتبتك على أن تخدمني شهراً أو تخيط لي ثوباً بنفسك فلا بد

(١) أي عين المكاتب فلا يصح تأجيلها أي بأن أخرها عن وقت العقد كقوله على أن تخدمني شهراً بعد هذا الشهر فلا يصح بخلاف ما إذا اتصلت بالعقد وضم إليها مالاً آخر مؤجلاً فيصح كما ذكره وخرج بعين المكاتب عين غير المكاتب فلا يصح على منفعتها كما نقله سم عن شرح الروض كأن كاتبه على منفعة دابتين معينتين لزيد يدفعهما له في شهرين فلا يصح وإن أمكن أن يشتريهما من زيد.

وَأَقَلُّهُ نَجْمَانِ

معها من ضميمة مال، كقوله: وتعطيني ديناراً بعد انقضائه، لأن الضميمة شرط فلم يجز أن يكون العوض منفعة فقط، فلو اقتصر على خدمة شهرين وصرح بأن كل شهر نجم لم يصح، لأنهما نجم واحد ولا ضميمة، ولو كاتبه على خدمة شهر رجب ورمضان فأولى بالفساد إذ يشترط في الخدمة أو المنافع المتعلقة بالأعيان أن تتصل بالعقد، ولا حد لعدد نجوم الكتابة (وأقله نجمان) لأنه المأثور عن الصحابة رضي الله تعالى عنهم فمن بعدهم، ولو جازت على الأقل من نجمين لفعلوه، لأنهم كانوا يبادرون إلى القربات والطاعات ما أمكن، ولأنها مشتقة من ضم النجوم بعضها إلى بعض، وأقل ما يحصل به الضم نجمان، والمراد بالنجم هنا الوقت كما في الصحاح، قاله النووي رحمه الله تعالى في تهذيبه حكاية عن الرافعي رحمه الله تعالى، يقال: كانت العرب لا تعرف الحساب ويبنون أمورهم على طلوع النجم والمنازل فيقول أحدهم: إذا طلع نجم الثريا أديتك حقك فسميت الأوقاف نجوماً ثم سمي المؤدى في الوقت نجماً.

تنبيه ـ قضية إطلاقه أنها تصح بنجمين قصيرين ولو في مال كثير وهو كذلك لإمكان القدرة عليه كالسلم إلى معسر في مال كثير إلى أجل قصير، ولو كاتب عبيداً كثلاثة صفقة واحدة على عوض واحد كألف منجم بنجمين وعلق عتقهم بأدائه صح، لاتحاد المالك فصار كما لو باع عبيداً بثمن واحد، ووزع العوض على قيمتهم وقت الكتابة، فمن أدى حصته منهم عتق، ومن عجز رق، وتصح كتابة بعض من باقيه حر، لأنها تفيد الاستقلال المقصود بالعقد، ولا تصح كتابة بعض رقيق وإن كان باقيه لغيره وأذن له في الكتابة، لأن الرقيق لا يستقل فيها بالتردد لاكتساب النجوم، نعم لو كاتب في مرضه بعض رقيق والبعض ثلث ماله أو أوصى بكتابة رقيق فلم يخرج من الثلث إلا بعضه ولم تجز الورثة الوصية صحت الكتابة في ذلك القدر، وعن النص والبغوي صحت الوصية بكتابة بعض عبده، ولو تعدد السيد كشريكين في عبد كاتباه معاً، أو وكلا من كاتبه صح إن اتفقت النجوم[1] جنساً وصفة وعدداً وأجلاً، وجعلت النجوم

---

(١) المراد بالنجوم ما يشمل المال بدليل قوله جنساً وصفة وما يشمل الأوقات بدليل قوله وعدداً =

وَهِيَ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ لَازِمَةٌ، وَمِنْ جِهَةِ الْعَبْدِ الْمُكَاتِبِ جَائِزَةٌ، وَلَهُ تَعْجِيزُ نَفْسِهِ وَفَسْخُهَا مَتى شَاءَ.

على نسبة ملكيهما، فلو عجز العبد فعجزه أحدهما وفسخ الكتابة وأبقاه الآخر فيها لم يصح كابتداء عقدها، ولو أبرأه أحدهما من نصيبه من النجوم أو أعتق نصيبه من العبد عتق نصيبه منه، وقوم عليه الباقي إن أيسر، وعاد الرق للمكاتب، وخرج بالإبراء والإعتاق ما لو قبض نصيبه فلا يعتق وإن رضي الآخر بتقديمه، إذ ليس له تخصيص أحدهما بالقبض (وهي) أي الكتابه الصحيحة (من جهة) أي جانب (السيد لازمة) ليس له فسخها، لأنها عقدت لحظ مكاتبه لا لحظه فكان فيها كالراهن، لأنها حق عليه أما الكتابة الفاسدة فهي جائزة من جهته على الأصح، فإن عجز المكاتب عند المحل بنجم أو بعضه غير الواجب في الإيتاء أو امتنع منه عند ذلك مع القدرة عليه أو غاب ذلك وإن حضر ماله أو كانت غيبة المكاتب دون مسافة قصر على الأشبه في المطلب وقيدها في الكفاية بمسافة القصر وهذا هو الظاهر، كان له فسخها بنفسه وبحاكم متى شاء، لتعذر العوض عليه، وليس للحاكم الأداء من مال المكاتب الغائب[1] عنه بل يمكن السيد من الفسخ، لأنه ربما عجز نفسه أو امتنع عن الأداء لو أحضر (و) هي (من جهة العبد[2] المكاتب جائزة) فله الامتناع من الإعطاء مع القدرة (وله تعجيز نفسه) ولو مع القدرة على الكسب وتحصيل العوض (و) له (فسخها متى شاء) وإن كان معه وفاء، ولو استمهل سيده عند المحل لعجز سن له إمهاله مساعدة له في تحصيل العتق، أو لبيع عرض وجب إمهاله لبيعه، وله أن يزيد في المهلة على ثلاثة أيام، سواء أعرض كساد أم لا، فلا فسخ فيها، أو لإحضار ماله من دون مرحلتين وجب أيضاً إمهاله إلى إحضاره، لأنه كالحاضر بخلاف ما فوق ذلك لطول المدة ولا تنفسخ الكتابة من السيد أو المكاتب بجنون ولا إغماء ولا بحجر سفه، لأن اللازم من أحد طرفيه لا ينفسخ

= وأجلاً والمراد بالاتفاق في الجنس والصفة أن لا يتميز عوض أحدهما بجنس أو صفة لم يشتمل عليها عوض الآخر فيصدق بصورتين بأن كان كله متحداً جنساً وصفة أو اشتمل على أجناس أو صفات في كل من الطرفين كدراهم ودنانير في كل من العوضين.

(١) صفة للمكاتب لا للمال بدليل ما بعده.

(٢) متعلق بجائزة وقال أبو حنيفة إنها لازمة من جهة العبد أيضاً.

وَلِلْمُكَاتِبِ التَّصَرُّف فِيمَا فِي يَدِهِ مِنَ الْمَالِ، وَعَلَى السَّيِّدِ أَنْ يَضَعَ عَنْهُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ مَا يَسْتَعِينُ بِهِ

بشيء من ذلك كالرهن ويقوم ولي السيد الذي جن أو حجر عليه مقامه في قبض، ويقوم الحاكم مقام المكاتب الذي جن أو حجر عليه في أداء إن وجد له مالاً ولم يأخذ السيد استقلالاً، وثبتت الكتابة وحل النجم وحلف السيد على استحقاقه قال الغزالي: ورأى له مصلحة في الحرية فإن رأى أنه يضيع إذا أفاق، لم تؤد، قال الشيخان: وهذا حسن، فإن استقل السيد بالأخذ عتق لحصول القبض المستحق، ولو جنى المكاتب على سيده لزمه قود أو أرش بالغاً ما بلغ، لأن واجب جنايته عليه لا تعلق لا برقبته مما معه ومما سيكسبه، لأنه معه كالأجنبي، فإن لم يكن معه ما يفي بذلك فللسيد أو الوارث تعجيزه دفعاً للضرر عنه أو جنى على أجنبي لزمه قود أو الأقل من قيمته والأرش، لأنه يملك تعجيز نفسه وإذا عجزها فلا متعلق سوى الرقبة، وفي إطلاق الأرش على دية النفس تغليب، فإن لم يكن معه مال يفي بالواجب عجزه الحاكم بطلب المستحق وبيع بقيد الأرش إن زادت قيمته عليه وبقيت الكتابة فيما بقي، وإلا بيع كله وللسيد فداؤه بأقل الأمرين من قيمته والأرش، فيبقى مكاتباً، وعلى المستحق قبول الفداء، ولو أعتقه أو أبرأه بعد الجناية عتق ولزمه الفداء، لأنه فوت متعلق حق المجني عليه، ولو قتل المكاتب بطلت الكتابة ومات رقيقاً لفوات محلها ولسيده قود على قاتله إن أوجبت الجناية قوداً وإلا فالقيمة له (وللمكاتب) بفتح المثناة (التصرف فيما في يده من المال) الحاصل من كسبه بما لا تبرع فيه ولا خطر كبيع وشراء وإجارة، أما ما فيه تبرع كصدقة أو خطر كقرض وبيع نسيئة وإن استوثق برهن أو كفيل فلا بد فيه من إذن سيده، نعم ما تصدق به عليه من نحو لحم وخبز مما العادة فيه أكله وعدم بيعه له إهداؤه كغيره على النص في الأم، وله شراء من يعتق عليه بإذن سيده، وإذا اشتراه بإذنه تبعه رقاً وعتقاً، ولا يصح إعتاقه عن نفسه وكتابته، ولو بإذن سيده لتضمينهما الولاء وليس من أهله كما علم مما مر (و) يجب (على السيد أن يضع) أي يحط (عنه) أي مكاتبه (من مال الكتابة) الصحيحة (ما) أي أقل متمول أو يدفعه له من جنس مال العتق قال تعالى: ﴿وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور: ٣٣] فسر الإيتاء بما ذكر، لأن القصد منه الإعانة على العتق، وخرج بالصحيحة الفاسدة فلا شيء فيها من تلك، واستثنى من لزوم الإيتاء ما لو كاتبه في مرض موته وهو ثلث ماله، وما لو كاتبه

. . . .

على منفعة، والحط أولى من الدفع، لأن القصد بالحط الإعانة على العتق وهي محققة فيه موهومة في الدفع إذ قد يصرف المدفوع في جهة أخرى، وكون كل من الحط والدفع في النجم الأخير أولى منه فيما قبله، لأنه أقرب إلى العتق، وكونه ربع النجوم أولى من غيره، فإن لم تسمح به نفسه فسبعه أولى، روى حط الربع النسائي وغيره، وحط السبع مالك عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما، ويحرم على السيد التمتع بمكاتبه لاختلال ملكه فيها، ويجب لها بوطئه مهرها، ولا حد عليه، لأنها ملكه، والولد حر، ولا يجب عليه قيمته، لانعقاده حراً، وصارت بالود مستولدة مكاتبة، وولد المكاتبة الرقيق الحادث بعد الكتابة، يتبعها رقاً وعتقاً، وحق الملك فيه للسيد، فلو قتل فقيمته له، ويمونه من أرش جنايته عليه، وكسبه ومهره وما فضل وقف، فإن عتق فله، وإلا فلسيده، ولو أتى المكاتب بمال فقال سيده: هذا حرام ولا بينة صدق المكاتب بيمينه، ويقال للسيد حينئذ: خذه أو تبرئه[1] عن قدره، فإن أبى قبضه القاضي عنه، فإن نكل عن الحلف حلف سيده، نعم لو كاتبه على لحم فجاء به فقال السيد: هذا غير مذكي صدق بيمينه، لأن الأصل عدم التذكية، وللمكاتب شراء الإماء للتجارة، ولا تزوج إلا بإذن سيده، ولا وطء أمته وإن أذن له سيده[2]، فإن خالف ووطيء فلا حد عليه لشبهة الملك، والولد نسيب، فإن ولدته قبل عتق أبيه أو بعده لدون ستة أشهر من العتق تبعه رقاً وعتقاً، وهو مملوك لأبيه، يمتنع بيعه، ولا تصير أمه أم ولد، لأنها علقت بمملوك، وإن ولدته لستة أشهر فأكثر من العتق ووطئها مع العتق مطلقاً أو بعده في صورة الأكثر وولدته لستة أشهر فأكثر من الوطء فهي أم ولد،[3] ولو عجل المكاتب النجوم أو بعضها قبل محلها لم يجبر السيد على قبضان إن

---

(١) المناسب أو أبرئه كما عبر به في المنهج قال في شرح المنهج نعم لو كاتبه على لحم فجاء به فقال هذا حرام فالظاهر استفصاله في قوله حرام فإن قال لأنه مسروق أو نحوه فكذلك أي يصدق المكاتب بيمينه أو لأنه غير مذكى حلف السيد لأن الأصل عدم التذكية.

(٢) يظهر أنه ليس له الاستمتاع بما دون الوطء أيضاً حج لأنه ربما جره إلى الوطء وإنما حرم الوطء خوفاً من هلاك الأمة بالطلق.

(٣) لظهور العلوق بعد الحرية ولا نظر إلى احتمال العلوق قبلها تغليباً لها والولد حينئذ حرّ فإن لم يطأها مع العتق ولا بعده أو ولدته لدون ستة أشهر من الوطء لم تصر أم ولد شرح المنهج.

وَلاَ يُعْتَقُ إِلاَّ بِأَدَاءِ جَمِيعِ الْمَالِ بَعْدَ الْقَدْرِ الْمَوْضُوعِ عَنْهُ.

امتنع منه لغرض كمؤنة حفظ وإلا أجبر على القبض، فإن أبى قبضه القاضي عنه، وعتق المكاتب، ولو عجل بعض النجوم ليبرئه من الباقي فقبض وأبرأه بطلا، ولا يصح بيع النجوم ولا الاعتياض عنها من المكاتب، وهذا هو المعتمد، وإن جرى بعض المتأخرين على خلافه، ولو باع السيد النجوم وأدى المكاتب النجوم إلى المشتري لم يعتق، ويطالب السيد المكاتب والمكاتب المشتري بما أخذه، لا يصح بيع رقبة المكاتب كتابة صحيحة في الجديد، لأن البيع لا يرفع الكتابة للزومها من جهة السيد، فيبقى مستحق العتق، فلم يصح بيعه كالمستولدة، هذا إذا لم يرض المكاتب بالبيع، فإن رضي به جاز، وكان رضاه فسخاً كما جزم به القاضي حسين في تعليقه، لأن الحق له وكان رضاه بإبطاله، وهبته كبيعه، وليس للسيد بيع ما في يد مكاتبه ولا إعتاق عبده، ولا تزويج أمته، ولا للتصرف في شيء مما في يده، لأنه معه كالأجنبي، ولو قال رجل مثلاً للسيد: اعتق مكاتبك على كذا كألف ففعل عتق، ولزمه ما التزم، كما لو قال: أعتق مستولدتك على كذا، وهو بمنزلة فداء الأسير، هذا إذا قال: أعتقه وأطلق، أما إذا قال: أعتقه عني على كذا فإنه لا يعتق عن السائل ويعتق عن المعتق في الأصح، ولا يستحق المال (ولا يعتق) شيء من المكاتب (إلا بعد أداء جميع المال) الباقي (بعد القدر الموضوع عنه) فلو لم يضع سيده عنه شيئاً وبقي عليه من النجوم القدر الواجب حطه أو إيتاؤه لم يعتق منه شيء لأن هذا القدر لم يسقط عنه ولا يحصل التقاص كما قاله في الروضة قال: لأن للسيد أن يؤديه من غيره وليس للسيد تعجيزه، لأن له مثله لكن يرفعه المكاتب للحاكم حتى يرى رأيه ويفصل الأمر بينهما انتهى.

تنبيه ـ قضية تقييد المصنف بالأداء قصر الحكم عليه وليس مراداً بل يعتق بالإبراء من النجوم أيضاً كما قاله في الروضة أو بالحوالة به، ولا تصح الحوالة عليه، وعلم من تقييده بالجميع أنه لو بقي من القدر الباقي شيء ولو درهماً فأقل لا يعتق منه شيء، وهو كذلك، لقوله ﷺ: «الْمُكَاتَبُ قِنٌّ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ» والمعنى فيه أنه إن كان المغلب فيه العتق بالصفة فلا يعتق قبل استكمالها وإن كان المغلب فيه المعاوضة فكالبيع فلا يجب تسلميه إلا بعد قبض جميع ثمنه.

. . . .

تتمة ـ في الفرق بين الكتابة الباطلة والفاسدة، وما تشارك فيه الفاسدة الصحيحة وما تخالفها فيه وغير ذلك، الباطلة ما اختلفت صحتها باختلال ركن من أركانها ككون أحد المتعاقدين صبياً أو مجنوناً أو مكرهاً أو عقدت بغير مقصود كدم وهي ملغاة إلا في تعليق معتبر بأن يقع ممن يصح تعليقه فلا تلغى فيه، والفاسدة ما اختلت صحتها بكتابة بعض رقيق أو فساد شرط كشرط أن يبيعه كذا أو فساد عوض كخمر أو فساد أجل كنجم واحد، وهي كالصحيحة في استقلال المكاتب بكسبه، وفي أخذ أرش جناية عليه، وفي أنه لا يعتق بالأداء لسيده، وفي أنه يتبعه إذا عتق كسبه، وكالتعليق بصفة في أنه لا يعتق بغير أداء المكاتب كإبرائه، وأداء غيره متبرعاً، وفي أن كتابته تبطل[1] بموت سيده قبل الأداء، وفي أنه تصح الوصية به وفي أنه لا يصرف له سهم المكاتبين، وفي صحة إعتاقه عن الكفارة وتمليكه[2] ومنعه من السفر وجواز وطء الأمة، فكل من

(١) استشكله صاحب الانتصار من حيث إن العقد فاسد فكيف يقال بطل قال فلعل المراد بطلان الصفة اهـ سم قال الحلبي: وإنما بطلت الفاسدة بموت السيد لأنها جائزة من الجانبين بخلاف الصحيحة وقوله بموت سيده أي قبل الأداء إن لم يقل إن أديت إليّ أو إلى وارثي كما في الروض.

(٢) أي تمليكه للغير ببيع أو هبة بأن يملكه سيده للغير أو يملكه سيده شيئاً من ماله اهـ عبد البر فهو مضاف لمفعوله اهـ والظاهر الأول وعبارة الشوبري وتمليكه أي تمليك السيد إياه الأجنبي فهو من إضافة المصدر لمفعوله.

(٣) أي بخلافه في الصحيحة فإنه جائز بلا إذن ما لم يحلّ النجم. وقوله وجواز وطء الأمة أي وطء السيد الأمة المكاتبة في الكتابة الفاسدة وليس المراد وطء المكاتب كتابة فاسدة أمته لأن ذلك ممتنع حتى في الصحيحة كما تقدم وكتب بعضهم قوله وجواز وطء الأمة أي المكاتبة كتابة فاسدة وهو ضعيف والمعتمد منعه من وطئها. وأجاب الحلبي بأنه معطوف على السفر أي ومنعه من جواز الوطء وفيه أنه لا معنى للمنع من الجواز. وأجيب بأنه من إضافة الصفة للموصوف أي ومنعه من الوطء الجائز لولا الكتابة وعلى هذا فلا تكون الكتابة الفاسدة كالتعليق مع أن الفرض أنها مثله فالأنسب القول بالتضعيف وكلام الحلبي ضعيف لكن المدابغي لم يضعف كلام الشارح بل أقره وعلله بأن المعلق عتقها يجوز وطؤها وعلل منعه من السفر لبقاء ملكه عليه. وحاصل ما ذكره أن الفاسدة فيها شبهان شبه بالصحيحة في أربعة أشياء: استقلال المكاتب بكسبه واستقلاله بأرش جناية عليه وعتقه بالأداء وتبعية كسبه له؛ وشبه التعليق في ثمانية أشياء: في أنه لا يعتق بالإبراء ولا بأداء الغير عنه تغليباً لمعنى التعليق بإعطائه ولو غلبنا جانب المعاوضة لعتق بذلك =

. . . .

الصحيحة والفاسدة عقد معاوضة لكن المغلب في الأولى معنى المعاوضة، وفي الثانية معنى التعليق، والباطل والفاسدة عندنا سواء إلا في مواضع يسيرة منها الحج[١]، والعارية، والخل، والكتابة تخالف الكتابة الفاسدة الصحيحة والتعليق في أن للسيد فسخها بالقول، وفي أنها تبطل بنحو إغماء السيد وحجر سفه عليه، وفي أن المكاتب يرجع عليه بما أداه إن بقي، وببدله إن تلف إن كان له قيمة[٢]، والسيد يرجع عليه بقيمته وقت العتق، فإن اتحد واجباً السيد والمكاتب تقاضا ولو بلا رضا ويرجع صاحب الفضل به، هذا إذا كانا نقدين، فإن كانا متقومين فلا تقاض أو مثلين ففيهما تفصيل[٣] ذكرته في شرح المنهج وغيره مع فوائد مهمة لا بأس بمراجعتها، فإن هذا المختصر لا يحتمل ذكرها، ولو ادعى رقيق كتابة فأنكر سيده أو وارثه حلف المنكر[٤]، ولو اختلف السيد والمكاتب في قدر النجوم[٥] أو في قدر الأجل ولا بينة

وفي بطلانها بموت السيد قبل الأداء لأن المعلق عتقه بصفة ينقطع حكم التعليق بانتقاله لملك غيره وفي صحة الوصية به لأن المعلق عتقه بصفة تصح الوصية به وفي أنه لا يصرف له من سهم المكاتبين لأنه خاص بالصحيحة وفي إعتاقه عن الكفارة لأن المعلق عتقه يصح إعتاقه عنها وفي جواز تمليكه ببيع وغيره لأن المعلق يجوز فيه ذلك وفي منعه من السفر لأن المعلق عتقه لا تزول ولاية السيد عنه وفي جواز وطء الأمة لأن المعلق عتقها يجوز وطؤها.

(١) فإنه يبطل بالردة ويفسد بالجماع فيجب المضي في الفاسد دون الباطل وأما العارية فتصوّر بإعارة الدراهم والدنانير لغير الزينة فعند العراقيين فاسدة فتضمن وعند المراوزة باطلة فلا تضمن لأن فاسد كل عقد كصحيحه بخلاف باطله فإنه ليس كصحيحه.

(٢) خرج الخمر أي غير المحترم وعبارة شرح المنهج إن كان له قيمة بخلاف غيره كخمر فلا يرجع فيه بشيء إلا أن يكون محترماً كجلد ميتة لم يدبغ فيرجع به لا ببدله إن تلف.

(٣) حاصله وجود التقاص في المثليين في الكتابة دون غيرها لتشوف الشارع للعتق كأن كان لزيد على عمرو أردب قمح سلماً ولعمرو على زيد مثله فلا يحصل التقاص في ذلك.

(٤) يصدق لأن الأصل عدمها ولو عكس بأن ادعاها السيد وأنكرها العبد صار قناً وجعل إنكاره تعجيزاً منه لنفسه فإن قال كاتبتك وأديت المال وعتقت عتق بإقراره ومعلوم مما مر في الدعوى والبينات أن السيد يحلف على البت والوارث على نفي العلم شرح المنهج وقوله وجعل إنكاره تعجيزاً محله إن تعمد ولم يكن عذر وقوله وعتقت ليس بقيد.

(٥) أي في مقدار ما يؤدى في كل نجم اهـ زي وعبارة م ر في قدر النجوم أي الأوقات أو ما يؤدى كل نجم.

. . . .

أو لكل بينة تحالفا ثم إن لم يتفقا على شيء فسخها الحاكم أو المتحالفان أو أحدهما كما في البيع، ولو قال السيد: كاتبتك وأما مجنون أو محجور عليَّ فأنكر المكاتب صدق السيد بيمينه إن عرف له ما ادعاه، وإلا فالمكاتب، ولو مات السيد والمكاتب ممن يعتق على الوارث عتق عليه، لو ورث رجل زوجته المكاتبة أو ورثت امرأة زوجها المكاتب انفسخ النكاح، لأن كلاً منهما ملك زوجه أو بعضه، ولو اشترى المكاتب زوجته أو بالعكس وانقضت مدة الخيار أو كان الخيار للمشتري انفسخ النكاح، لأن كلاً منهما ملك زوجه.

(فَصْـلٌ) فِي أُمَّهَاتِ الأَوْلَادِ[1]

ختم المصنف رحمه الله تعالى كتابه بالعتق رجاء أن الله تعالى يعتقه وقارئه وشارحه من النار، فنسأل الله تعالى من فضله، وكرمه أن يجيرنا ووالدينا، ومشايخنا، وجميع أهلنا، ومحبينا منها، وأخر هذا الفصل، لأنه عتق قهري مشوب بقضاء أو طار وأمهات بضم الهمزة وكسرها مع فتح الميم وكسرها وأصلها أمهة، بدليل جمعها على ذلك، قاله الجوهري، ويقال في جمعها أيضاً: أمات، وقال بعضهم: الأمهات للناس، والأمات للبهائم، وقال آخرون: يقال فيهما أمهات وأمات لكن الأول أكثر في الناس، والثاني أكثر في غيرهم ويمكن رد الأول إلى هذا والأصل في ذلك خبر: «أَيُّمَا أَمَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا فَهِيَ حُرَّةٌ عَنْ دُبُرٍ مِنْهُ»[2] رواه ابن ماجة والحاكم وصحح إسناده

(١) أي أحكام أمهات الأولاد كحرمة بيعها وهبتها وجواز وطئها واستخدامها ولم يقل المستولدات تبركاً بلفظ الحديث الآتي والأمهات بكسر الهمزة وضمها كما قرىء بهما في السبع وعبر في المنهج بكتاب لأنه عتق بالفعل وما قبله بالقبول وأيضاً العتق فيه قهري فلم يندرج في كتاب العتق والأصح أن العتق باللفظ أقوى من الاستيلاد لترتب مسببه عليه في الحال وتأخره في الاستيلاد لحصول المسبب بالقول قطعاً بخلاف الاستيلاد لجواز موتها قبل موت السيد. الاستيلاد أقوى لنفوذه من المجنون والمحجور عليه بسفه والعتق اللفظي لا ينفذ منهما فدل ذلك على اهتمام الشرع بالاستيلاد فيكون أقوى ويؤخذ من كون اللفظ أقوى أنه لا يترتب على عتق المستولدة ما يترتب على الإعتاق المنجز باللفظ ومنه «إن الله يعتق بكل عضو من العتيق عضواً من المعتق» اهـ والحكم المرتب على الاستيلاد خاص بهذه الأمة.

(٢) أخرجه ابن ماجة (٢٥١٥) والدارقطني ٤/ ١٣٢ والحاكم ٢/ ١٩.

وَإِذَا أَصَابَ السَّيِّدُ أُمَتَهُ فَوَضَعَتْ مَا يَتَبَيَّنُ فِيهِ شَيْءٌ مِنْهُ خَلْق آدَمِيٍّ

وخبر الصحيحين عن أبي موسى قلنا: يا رسول الله «إِنَّا نَأْتِي السَّبَايَا وَنُحِبُّ أَثْمَانَهُنَّ فَمَا تَرَى فِي الْعَزْلِ؟ فَقَالَ: مَا عَلَيْكُم أَنْ لاَ تَفْعَلُوا[١] مَا مِنْ نَسْمَةٍ كَائِنَةٍ إِلَى يَوْم الْقِيَامَةِ إِلاَّ وَهِيَ كَائِنَةٌ»[٢] ففي قولهم ونحب أثمانهن دليل على أن بيعهن بالاستيلاد ممتنع واستشهد لذلك البيهقي بقول عائشة رضي الله تعالى عنها: «لَمْ يَتْرُكْ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دِيناراً وَلاَ دِرْهَماً وَلاَ عَبْداً وَلاَ أَمَةً قَالَ فِيهِ دلالة على أنه لم يترك أم إبراهيم رقيقة وأنها عتقت بموته» (وإذا أصاب) أي وطيء (السيد) الرجل الحر كلاً أو بعضها مسلماً كان أو كافراً أصلياً[٣] (أمته) أي بأن علقت منه ولو سفيهاً أو مجنوناً أو مكرهاً أو أحبلها الكافر حال إسلامها قبل بيعها عليه بوطء مباح أو محرم كأن تكون حائضاً أو محرماً له كأخته أو مزوجة أو باستدخال مائه المحترم في حال حياتين (فوضعت) حياً أو ميتاً أو ما يجب فيه غرة هو (ما) أي لحم (يتبين) لكل أحد أو لأهل الخبرة من القوابل (فيه شيء من خلق آدمي) كمضغة ظهر فيها صورة آدمي وإن لم

---

(١) قيل إن لا زائدة ليطابق السؤال لأن السؤال عن العزل فيكون المعنى على زيادتها ما عليكم ضرر في الفعل وهو العزل لكن قوله ما نسمة الخ يقتضي أن لا أصلية ويكون المعنى ما عليكم ضرر في عدم الفعل أي العزل لأن ما من نسمة كائنة الخ فالسؤال يدل على زيادتها وقوله ما من نسمة الخ يدل على أصالتها واختار إمامنا الشافعي رضي الله عنه جوازه وعن الأمة مطلقاً وعن الحرة بإذنها نعم هو مكروه لأنه طريق إلى قطع النسل وعبارة م ر والعزل حذراً من الولد مكروه وإن أذنت فيه المعزول عنها حرة كانت أو أمة لأنه طريق إلى قطع النسل اهـ أي بحسب الظاهر وقوله في الحديث ما من نسمة الخ أي مقدرة عند الله اهـ ونقل قبل ذلك عن الغزالي في الإحياء أنه قرر أن العزل خلاف الأولى اهـ وفي شرح السيد النسابة لمنظومة ابن العماد في الأنكحة ما نصه: فرع العزل منهي عنه، وهو أن يجامع فإذا قارب الإنزال نزع فأنزل خارج الفرج والأولى تركه على الإطلاق. وأطلق صاحب المهذب كراهيته ولا خلاف في جوازه في السريّة صيانة للملك ولا يحرم في الزوجة على المذهب سواء الحرة والأمة بالإذن وغيره وقيل يحرم بغير إذن، وقيل يحرم في الحرة وأما المستولدة فأولى بالجواز لأنها غير راسخة في الفراش ولهذا لا يقسم لها قال إمام الحرمين وحيث حرّمنا العزل فلذلك إذا نزع بقصد أن يقع الإنزال خارجاً تحرزاً عن الولد فأما إذا عزم أن ينزع لا على هذا القصد فيجب القطع بأن لا يحرم فصار الصحيح عدم التحريم لما تقدم.

(٢) أخرجه البخاري ٧/٤٢٨ (٤١٣٨) ومسلم ٢/١٠٦١ (١٢٥ ـ ١٤٣٨).

(٣) أما إيلاد المرتد فموقوف.

حَرُمَ عَلَيْهِ بَيْعُهَا وَرَهْنُهَا وَهِبَتُهَا

تظهر إلا لأهل الخبرة ولو من غير النساء وجواب إذا (حرم عليها بيعها) ولو ممن تعتق عليه أو بشرط العتق أم ممن أقر بحريتها (ورهنها وهبتها) مع بطلان ذلك أيضاً لخبر: «أُمَّهَاتُ الأَوْلَادِ لَا يُبَعْنَ وَلَا يُوهَبْنَ وَلَا يُوَرَّثْنَ يَسْتَمْتِعُ بِهَا سَيِّدُهَا مَا دَامَ حَياً فَإِذَا مَاتَ فَهِيَ حُرَّةٌ»(١) رواه الدارقطني وقال ابن القطان رواته كلهم ثقات، وقد قام الإجماع على عدم صحة بيعها، واشتهر عن عليّ رضي الله عنه أنه خطب يوماً على المنبر فقال في أثناء خطبته، اجتمع رأيي ورأي عمر على أن أمهات الأولاد لا يبعن، وأنا الآن أرى بيعهن، فقال عبيدة السلماني: رأيك مع رأي عمر، وفي رواية مع الجماعة أحب إلينا من رأيك وحدك، فقال: اقضوا فيه ما أنتم قاضون فإني أكره أن أخالف الجماعة، فلو حكم حاكم بصحة بيعها نقض حكمه لمخالفته الإجماع، وما كان في بيعها خلاف بين القرن الأول فقد انقطع وصار مجمعاً على منعه، وما رواه أبو داود عن جابر كنا نبيع سرارينا أمهات الأولاد والنبيّ ﷺ حي لا يرى ذلك بأساً أجيب عنه أنه منسوخ، وبأنه منسوب للنبيّ ﷺ استدلالاً واجتهاداً، فيقدم عليه ما نسب إليه قولاً ونصاً وهو نهيه ﷺ عن بيع أمهات الأولاد كما مر، ويستثنى من منع بيعها بيعها من نفسها بناء على أنه عقد عتاقه وهو الأصح، وينبني عليه أنه لو باعها بعضها أنه يصح ويسري إلى باقيها كما لو أعتق بعض رقيقه، وأنه إذا كان السيد مبعضاً أنه لا يصح منه، لأنه ليس من أهل الولاء، وهذا ظاهر وإن لم أر من ذكره، ومحل المنع إذا لم يرتفع الإيلاد فإن ارتفع بأن كانت كافرة وليست لمسلم وسبيت وصارت قنة فإنه يصح جميع التصرفات فيها، وكذا يصح بيعهن في صور مستولدة الراهن المقبض المعسر تباع في الدين، ومنها جارية التركة التي تعلق بها دين إذا استولدها الوارث، وهو معسر تباع في دين الميت ومنها إذا استولد الجانية جناية توجب مالاً متعلقاً برقبتها وهو معسر تباع في دين الجناية، ومنها ما إذا استولد السيد أمة العبد المأذون له في التجارة وهو معسر تباع في دينه، وقد ذكر في الروضة هذه الصور الأربعة أواخر الباب الخامس من النكاح، وقال: إن الملك إذا عاد في هذه الصور إلى المالك بعد البيع عاد الاستيلاد

(١) أخرجه الدارقطني ٤/ ١٣٥ والبيهقي ١٠/ ٣٤٢.

وَجَازَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهَا بِالِاسْتِخْدَامِ وَالإِيجَارِ

انتهى، أما الصورة الأولى وهي مسألة السبي فالذي يظهر أنه لا يعود الاستيلاد إذا عادت لمالكها بعد ذلك، لأنا أبطلناه بالكلية بخلاف هذه المسائل، ويستثنى من نفوذ الاستيلاد ما لو نذر التصدق بثمنها ثم استولدها فإنه يلزمه بيعها والتصدق بثمنها، ولا ينفذ استيلاده فيها وما لو أوصى بعتق جارية تخرج من الثلث فالملك فيها للوارث، ومع ذلك لو استولدها قبل إعتاقها لم ينفذ لإفضائه إلى إبطال الوصية وما إذا استكمل الصبي تسع سنين فوطىء أمته فولدت لأكثر من ستة أشهر فإن الولد يلحقه قالوا: ولكن لا يحكم ببلوغه قال البلقيني: وظاهر كلامهم يقتضي أنه لا يثبت استيلاده، والذي صوبناه الحكم ببلوغه وثبوت استيلاد أمته فعلى كلامهم تستثنى هذه الصورة وعلى ما قلناه لا استثناء انتهى، والمعتمد الاستثناء، واختلف في نفوذ استيلاد المحجور عليه بالفلس، فرجح نفوذه ابن الرفعة، وتبعه البلقيني، ورجح السبكي خلافه، وتبعه الأذرعي والزركشي ثم قال: لكن سبق عن الحاوي والغزالي النفوذ انتهى، وكونه كاستيلاد الراهن المعسر أشبه من[1] كونه كالمريض، فإن من يقول بالنفوذ يشبه بالمريض، ومن يقول بعدمه يشبه بالراهن[2] المعسر وخرج بقيد الحر كلاً أو بعضاً المكاتب إذا أحبل أمته ثم مات رقيقاً قبل العجز أو بعده فلا تعتق بموته، وبالماء المحترم ما إذا كان غير محترم وهو الخارج على وجه محرم لعينه كالزنا فلا يثبت به استيلاد وبحال الحياة ما لو استدخلت منيه المنفصل منه حال حياته بعد موته فلا يثبت به أمية الولد، لأنها بالموت انتقلت إلى ملك الوارث ويدخل في عبارته أمته التي اشتراها بشرط العتق فإنه إن استولدها ومات قبل أن يعتقها فإنها تعتق بموته، وقد توهم عبارته أنه لو أحبل الجارية التي يملك بعضها أنه لا ينفذ الاستيلاد فيها وليس مراداً بل يثبت الاستيلاد في نصيبه وفي الكل إن كان موسراً كما مر في العتق (وجاز له) أي السيد (التصرف فيها بالاستخدام) والإجارة، والإعارة لبقاء ملكه عليها فإن قيل: قد صرح الأصحاب بأنه لا يجوز إجازة الأضحية المعينة كما لا يجوز بيعها إلحاقاً للمنافع

(١) يستفاد من هذا الشبه أنها إذا لم تبع في دين المفلس بأن اكتسب مالاً ووفى الدين من غيرها أو بيعت وملكها نفذ الإيلاد وهو كذلك.

(٢) أي في أن جميع ماله كأنه مرهون على الديون .

وَالْوَطْءِ، وَإِذَا مَاتَ السَّيِّدُ عُتِقَتْ

بالأعيان فهلا كان هنا كذلك كما قال به الإمام مالك؟ أجيب بأن الأضحية خرج ملكه عنها.

تنبيه ـ محل صحة إجارتها إذا كان من غيرها أما إذا آجرها نفسها فإنه لا يصح، لأن الشخص لا يملك منفعة نفسه، وهل لها أن تستعير نفسها من سيدها، قياس ما قالوه في الحر. أنه لو أجر نفسه وسلمها ثم استعارها جاز أنه هنا كذلك، ولو مات السيد بعد أن أجرها انفسخت الإجارة فإن قيل: لو أعتق رقيقه المؤجر لم تنفسخ فيه الإجارة فهلا كان هنا كذلك؟ أجيب بأن السيد في العبد لا يملك منفعة الإجارة فإعتاقه ينزل على ما يملكه، وأم الولد ملكت نفسها بموت سيدها فانفسخت الإجارة في المستقبل، ويؤخذ من هذا أنه لو أجرها ثم أحبلها ثم مات لا تنفسخ الإجارة، وهو كذلك، وله تزويجها بغير إذنها لبقاء ملكه عليها وعلى منافعها، (و) له (الوطء) لأم ولده بالإجماع، ولحديث الدارقطني المتقدم، هذا إذا لم يحصل هناك مانع، والموانع كثيرة، فمنها: ما لو أحبل الكافر أمته المسلمة، أو أحبل الشخص أمته المحرمة عليه بنسب أو رضاع أو مصاهرة، وما لو أولد مكاتبته، وما لو أولد المبعض أمته، (وإذا مات السيد) ولو بقتلها[1] له بقصد الاستعجال (عتقت) بلا خلاف، لم مر من الأدلة،

(١) قد استشكل العتق بالقتل والقاعدة المشهورة من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه ويعبر عنها بعبارة أخرى من استعجل الشيء قبل أوانه عورض بنقيض المقصود كحرمان قاتل المورّث من الإرث فكان القياس أن لا تعتق بقتله معاقبة لها بالحرمان ومعاملة لها بنقيض قصدها كما فعل ذلك بقاتل مورّثه حيث منع الإرث لذلك. وأشار الرافعي رحمه الله إلى الجواب عن الاستشكال المذكور بقوله إن الإيلاد كالإعتاق بدليل سرايته إلى نصيب الشريك فكما أن الإعتاق لا يضر فيه قتل العتيق لمعتقه كذلك الإيلاد لا يرفع أثره قتل المستولدة لسيدها وبحث العلامة ابن قاسم في جواب الرافعي المذكور حيث قال: قد يفرق بين حصول نفس العتق وحصول سببه فقط... قلت: وفرق الرافعي أيضاً بأن في العتق حظاً للمقتول أي وهو حصول ثواب العتق بسبب إحباله بخلاف الإرث فإنه لا حظّ فيه للمقتول لأنه لا يثاب على ما أخذه ورثته لأنهم إنما أخذوا ذلك قهراً عليه وإن فرض أنه جمعه بقصدهم لأنه لم يعطهم كذا قاله. وخرج عن القاعدة المذكورة صور أخر قد ذكرها الديربي في ختمه. قال بعضهم والقاعدة المذكورة مشكلة على مذهب أهل السنة وذلك لأن القتيل إنما مات بانقضاء أجله لا أن القاتل قطع أجله بقتله المفهوم من قوله قبل أوانه وإنما =

مِنْ رَأْسِ الْمَالِ قَبْلَ الدُّيُونِ وَالْوَصَايَا وَوَلَدُهَا مِنْ غَيْرِهِ بِمَنْزِلَتِهَا.

ولما روى البيهقي عن ابن عمر أنه قال: أم الولد أعتقها ولدها ـ أي أثبت لها حق الحرية ـ ولو كان سقطاً، وهذا أحد الصور المستثناة من القاعدة المعروفة وهي من استعجل شيئاً قبل أوانه[1] عوقب بحرمانه وعتقها (من رأس المال) لقوله ﷺ: «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا»[2] وسواء أحبلها أم أعتقها في المرض أم لا أو أوصى بها من الثلث أم لا، بخلاف ما لو أوصى بحجة الإسلام فإن الوصية بها تحسب من الثلث، لأن هذا إتلاف حصل بالاستمتاع فأشبه إتلاف المال في اللذات والشهوات ويبدأ بعتقها (قبل) قضاء (الديون) ولو لله تعالى كالكفارة (والوصايا) ولو لجهة عامة كالفقراء (وولدها) الحاصل قبل الاستيلاد من زنا أو من زوج لا يعتق بموت السيد، ولو بيعه والتصرف فيه بسائر التصرفات، لحدوثه قبل ثبوت الحرية للأم بخلاف الولد الحاصل بعد الاستيلاد (من غيره) بنكاح أو غيره فإنه (بمنزلتها) في منع التصرف فيه بما يمتنع التصرف به فيها، ويجوز له استخدامه وإجارته، وإجباره على النكاح إن كان أنثى، لا إن كان ذكراً، وعتقه بموت السيد، وإن كانت أمة قد ماتت في حياة السيد كما قاله في الروضة: لأن الولد يتبع أمه رقاً وحرية فكذا في سببه اللازم، ولأنه حق استقر له في

= شرع القصاص للزجر ولئلا يقدم الناس على هذا الفعل الفظيع. وقد يجاب بأن ما ذكر استعجال بحسب الظاهر اهـ ديربي. فإن قلت كان الأنسب بالترجمة أن يقول في جواب الشرط بدل قوله عتقت صارت أم ولد. قلت قال الطبلاوي ما قاله هو الأنسب لأنه أصرح في الدلالة على المقصود لأن الوصف بأمية الولد لا يفيد ذلك من حيث مطلق دلالة ظاهر اللفظ وإن كان المراد ذلك عند أهل الشرع حيث أطلق ولأن الذي عقد له الفصل إنما هو أحكامها لا وصفها بأمية الولد وإنما خص الجواب بهذا الحكم لأنه أصل بقية الأحكام وأيضاً تسمى مستولدة قبل موته.

(١) أي ظاهراً فلا ينافي قول أهل السنة إن القتيل مات عند انتهاء أجله قال في الجوهرة:

وميت بعمره من يقتل ... وغير هذا باطل لا يقبل

وقيل إن العجلة من الشيطان إلا في خمسة مواضع فإنها سنة رسول الله إطعام الضيف وتجهيز الميت وتزويج البكر وقضاء الديون والتوبة من الذنب وقد نظمها بعضهم فقال:

لقد طلب التعجل في أمور ... قضاء الدين مع تزويج بكر

وتجهيز لميت ثم طعم ... لضيف توبة من فعل نكر

(٢) أخرجه ابن ماجة (٢٥١٦) وانظر تلخيص الحبير ٤/٢١٨.

وَمَنْ أَصَابَ أَمَةَ غَيْرِهِ بِنِكَاحٍ فَوَلَدُهُ مِنْهَا مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهَا فَإِنْ أَصَابَهَا بِشُبْهَةٍ فَوَلَدُهُ مِنْهَا حُرٌّ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ

حياة أمه فلم يسقط بموتها، ولو أعتق السيد مستولدته لم يعتق ولدها، وليس له من وطء بنت مستولدته، وعلل ذلك بحرمتها بوطء أمها، وهو جرى على الغالب، فإن استدخال المني الذي يثبت به الاستيلاد كذلك، فلو وطئها هل تصير مستولدة كما لو كاتب ولد المكاتبة فإنه يصير مكاتباً أولا ينبغي أن يصير، وفائدته الحلف والتعليق.

تنبيه ـ سكت المصنف عن أولاد أولاد المستولدة، ولم أر من تعرض لهم، والظاهر أخذاً من كلامهم أنهم إن كانوا من أولادها الإناث فحكمهم حكم أولادها أو من الذكور فلا، لأن الولد يتبع الأم رقاً وحرية، ولو ادعت المستولدة أن هذا الولد حدث بعد الاستيلاد أو بعد موت السيد فهو حر وأنكر الوارث ذلك وقال: بل حدث بعد الاستيلاد فهو قن صدق بيمينه، بخلاف ما لو كان في يدها مال وادعت أنها اكتسبته بعد موت السيد وأنكر الوارث فإنها المصدقة، لأن اليد لها فترجع بخلافها في الأولى فإنها تدعي حريته والحر لا يدخل تحت اليد (ومن أصاب) أي وطيء أمة غيره بنكاح)لا غرور فيه بحرية أو بزنا (فولده منها) حينئذ (مملوك لسيدها) بالإجماع، لأنه يتبع الأم في الرق والحرية، أما إذا غرر بحرية أمة فنكحها وأولدها فالولد حر كما ذكره الشيخان في باب الخيار والإعفاف، وكذا إذا نكحها بشرط أن أولادها الحادثين من أحرار فإنه يصح الشرط وما حدث له منها من ولد فهو حر كما اقتضاه كلام القوت في باب الصداق.

تنبيه ـ لو نكح حر جارية أجنبي ثم ملكها ابنه أو تزوج رقيق جارية ابنه ثم عتق لم ينفسخ النكاح، لأن الأصل في النكاح الثبات والدوام، فلو استولدها الأب بعد عتقه في الثانية وملك ابنه لها في الأولى لم ينفذ استيلادها، لأنه رضي برق ولده حين نكحها، ولأن النكاح حاصل محقق فيكون واطئاً بالنكاح لا بشبهة الملك، بخلاف ما إذا لم يكن نكاح كما جرى على ذلك الشيخان في باب النكاح، ولو ملك المكاتب زوجة سيده الأمة انفسخ نكاحه (فإن أصابها) أي وطئها لا بنكاح (بل بشبهة) منه كأن ظنها أمته أو زوجته الحرة (فولده منها) حينئذ (حر) نسيب بلا خلاف اعتباراً بظنه (و) لكن (عليه) في هذه الحالة (قيمته) وقت ولادته فإنه يقدر رقيقاً فما بلغت

لِلسَّيِّدِ. وَإِنْ مَلَكَ الأَمَةَ المُطَلَّقَةَ لَمْ تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ بِالْوَطْءِ بِالشُّبْهَةِ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ.

قيمته دفعه (للسيد) لتفويته الرق عليه بظنه، أما إذا ظنها زوجته الأمة فالولد رقيق للسيد اعتباراً بظنه وإطلاق المصنف ينزل على هذا التفصيل كما نزلنا عليه عبارة المنهاج في شرحه، إذ هو المذكور في الروضة وغيرها، ولو أفصح به كان أولى، ولو تزوج شخص بحرة وأمة بشرطه فوطىء الأمة يظنها لحرة فالأشبه أن الولد حر كما في أمة الغير يظنها زوجته الحرة.

تنبيه ـ أطلق المصنف الشبهة ومقتضى تعليلهم شبهة الفاعل فتخرج شبهة الطريق التي أباح الوطء بها عالم فلا يكون الولد بها حراً كأن تزوج شافعي أمة وهو موسر، وبعض المذاهب يرى بصحته فيكون الولد رقيقاً، وكذا لو أكره على أمة الغير كما قاله الزركشي (وإن ملك) الوطء بالنكاح (الأمة المطلقة) منه (بعد ذلك) أي بعد ولادتها من النكاح (لم تصر أم ولد) بما ولدته منه بالوطء في النكاح لكونه رقيقاً، لأنها علقت به في غير ملك اليمين، والاستيلاد إنما يثبت تبعاً الحرية الولد كما قاله في الروضة.

تنبيه ـ تقييد المصنف بالمطلقة لا معنى له، بل يوهم قصر الحكم عليه، وليس مراداً فإنه إذا ملكها في نكاحه بعد الولادة كان الحكم كذلك بلا فروق، وكذلك إذا ملكها في نكاحه حاملاً لا تصير أم ولد لكن يعتق عليه ولده إن وضعته لدون أقل مدة الحمل من الملك أو دون أكثره من حين وطء[1] بعد الملك، فإن وضعته بعد الملك لدون أقله[2] من الوطء فيحكم بحصول علوقه في ملكه وإن أمكن كونه سابقاً عليه كما قال الصيدلاني، وأقره في الروضة فلو حذف المطلقة المصنف لفظ لكان أولى وأشمل (وصارت أي الأمة التي ملكها (أمولد)[3] بماولدته، منه (بالوطء بالشبهة) المقرونة بظنه (على أحد القولين) وهو المرجوح، لأنها علقت منه بحر والعلوق بالحر

---

(١) صوابه من غير وطء كما في بعض النسخ وعبارة الروض أو لدون ستة أشهر.

(٢) صوابه لستة أشهر فأكثر من الوطء الواقع بعد الملك فإن دون الأقل هو دون ستة أشهر وتقدم أنها لا تصير أم ولد لأن هذه هي المسألة الأولى كون هذه هي الأولى غير ظاهر لأن الأولى دون الأقل من الملك وهذه دون الأقل من الوطء.

(٣) صورة ذلك أن رجلاً وطىء أمة غيره بشبهة وانعقد الولد حراً ثم ملكها بعد ذلك فهل تصير بمجرد الملك مستولدة أو لا وصورة التي قبلها أن يطأ أمة غيره بنكاح أو بزنا وانعقد الولد رقيقاً ثم =

. . . .

سبب للحرية بالموت. والقول الثاني وهو الأظهر كما في المنهاج وغيره: لا تصير أم ولد، لأنها علقت به في غير ملكه فأشبه ما لو علقت به في النكاح.

تنبيه ـ محل الخلاف في الحر أما إذا وطىء العبد جارية غيره بشبهة ثم عتق ثم ملكها فإنها لا تصير أم ولد بلا خلاف، لأنه ينفصل من حر.

خاتمة[1] ـ لو أولد السيد أمة مكاتبة ثبت فيها الاستيلاد، ولو أولد الأب الحر أمة ابنه التي لم يستولدها ثبت فيها الاستيلاد، وإن كان الأب معسراً أو كافراً، وإنما لم يختلف الحكم هنا باليسار والإعسار كما في الأمة المشتركة، لأن الإيلاد هنا إنما ثبت لحرمة الأبوة وشبهة الملك وهذا المعنى لا يختلف بذلك، ولو أولد الشريك الأمة المشتركة فإن كان معسراً ثبت الاستيلاد في نصيبه خاصة، وإن كان موسراً بحصة

= اشتراها في حال النكاح فإنها لا تصير مستولدة بمجرد الملك فيكون قول المتن وإن ملك الأمة المطلقة الخ راجعاً لقول المتن ومن وطىء أمة غيره على اللفّ والنشر المرتب وقوله وصارت بمعنى تصير وهو معطوف على جواب الشرط وهو لم تصر لكن يصير الضمير في صارت عائداً على الأمة المطلقة مع أنه غير مراد ويجاب بأن الضمير راجع للأمة بدون قيدها.

(١) تشتمل على ثبوت الاستيلاد مع كون المستولدة ليست ملكاً للواطىء بل له فيها نوع علقة تفضي إلى ملكه لكن ذكر م ر أنه يقدر انتقال الملك فيها قبيل العلوق وجملة ما في الخاتمة خمسة فروع وهي في كلامه خبر لمبتدأ محذوف تقديره هذه خاتمة ولا يصح أن تكون مبتدأ والخبر محذوفاً والتقدير خاتمة هذا موضعها لعدم المسوّغ للابتداء بها لأنها نكرة. لا يقال الوصف المقدر بنحو قولك حسنة مثلاً كاف إذ من جملة المسوّغات الوصف وهو أعم من أن يكون مذكوراً كنحو رجل من الكرام عندنا أو مقدراً كنحو شر أهرّ ذا ناب على أحد القولين فيه أي شر عظيم. لأنا نقول لا بد في الكلام من قرينة تشعر بالوصف المقدر وهي منتفية هنا اهـ وانظر تعريفها لغة واصطلاحاً ويمكن أن يقال هي عبارة عن ألفاظ مخصوصة دالة على معان مخصوصة جيء بها لاختتام كتاب مثلاً وظاهر تعبير المصنف بالخاتمة بل صريحه أن جميع المسائل التي ذكرها لم تعلم من كلام المصنف وليس كذلك بل المسائل الست المذكورة في أولها تعلم من كلام المصنف بأن يراد بقوله أصاب السيد أمته أي المملوكة له كلاً أو بعضاً أو تقديراً أو مآلاً غير المتعلق بها حق للغير وبهذه الإرادة يشمل كلامه أمة مكاتبه وأمة ولده التي لم يستولدها ولو كانت مكاتبة والأمة المشتركة بينه وبين غيره أو بين غيره وفرعه وحينئذ كان حقه أن يعبر عن المسائل الستّ بالتنبيه وعما بعدها بالخاتمة فتأمّل.

. . . .

شريكه يثبت الاستيلاد في جميعها كما مرت الإشارة إليه، وكذا الأمة المشتركة بين فرع الواطىء وأجنبي إذا كان الأصل موسراً ولو أولد الأب الحر مكاتبة ولده هل ينفذ استيلاده؛ لأن الكتابة تقبل الفسخ أو لا، لأن الكتابة لا تقبل النقل؟ وجهان أوجههما كما جزم به القفال الأول ولو أولد أمة ولده المزوجة نفذ إيلاده كإيلاد السيد لها، وحرمت على الزوج مدة الحمل، وجارية بيت المال كجارية الأجنبي فيحد واطئها، وإن أولدها فلا نسب ولا استيلاد، وإن ملكها بعد، سواء أكان فقيراً أم لا، لأن الإعفاف لا يجب من بيت المال، ولو شهد اثنان على إقرار سيد الأمة بإيلادها وحكم به ثم رجعا عن شهادتهما لم يغرما شيئاً، لأن الملك باق فيها ولم يفوتا إلا سلطنة البيع، ولا قيمة لها بانفرادها، وليس كإباق العبد من يد غاصبه فإنه في عهدة ضمان يد حتى يعود إلى مستحقه، فإن مات السيد غرما للوارث، لأن هذه الشهادة لا تنحط عن الشهادة بتعليق العتق، ولو شهدا بتعليقه فوجدت الصفة وحكم بعتقه ثم رجعا غرما، وحكى الرافعي قبيل الصداق عن فتاوى البغوي وأقره أن الزوج إذا كان يظن أن أم الولد حرة فالولد حر، وعليه قيمته للسيد، ولو عجز السيد عن نفقة أم الولد أجبر على تخليتها لتكسب، وتنفق على نفسها أو إيجارها، ولا يجبر على عتقها أو تزويجها كما يرفع ملك اليمين العجز عن الاستمتاع فإن عجزت عن الكسب فنفقتها في بيت المال والله سبحانه وتعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى هذا آخر ما يسر الله سبحانه وتعالى من الإقناع في حل لفظ أبي شجاع فدونك موضح المسائل محرر الدلائل، فلو كان له نفس ناطقة ولسان منطلقة لقال بمقال صريح، وكلام فصيح، ولله در مؤلف هذا التأليف الرائق النفيس، ولا شلت يد مصنف هذا التصنيف الفائق النفيس، وهذا المؤلف لا بد أن يقع، لأحد رجلين إما عالم محب منصف فيشهد لي بالخير ويعذرني فيما عسى يجده من العثار الذي هو لازم الإكثار وإما جاهل مبغض متعسف فلا اعتبار بوعوعته، ولا اعتداد بوسوسته، ومثله لا يعبأ بموافقته، ولا مخالفته، وإنما الاعتبار بذي النظر الذي يعطي كل ذي حق حقه.

إذا رضيت عني كرام عشيرتي فلا زال غضباناً علي لئامها.

فإن ظفرت بفائدة شاردة فادع لي بحسن الخاتمة، وإن ظفرت بعثرة قلم فادع لي

. . . .

بالتجاوز والمغفرة، والعذر عند خيار الناس مقبول، واللطف من شيم السادات مأمول، وأنا أسأل الله تعالى أن يجعله لوجهه خالصاً، وأن ينفعني به حين يكون الظل في الآخرة قالصاً، وأن يصب عليه قبول القبول فإنه أكرم مسؤول وأعز مأمول، ونختم هذا الشرح بما ختم به الرافعي كتابه المحرر بقوله: اللّهم كما ختمنا بالعتق كتابنا نرجو أن تعتق من النار رقابنا، وأن تجعل إلى الجنة مآبنا، وأن تسهل عند سؤال الملكين جوابنا، وإلى رضوانك إيابنا، اللهم بفضلك حقق رجاءنا، ولا تخيب دعاءنا، برحمتك يا أرحم الراحمين. انتهى. وصَلَّى اللّهُ وَسَلَّمَ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ وَأَصْحَابِهِ وَأَزْوَاجِهِ وَذُرِّيَّتِهِ وَأَهْلِ بَيْتِهِ صَلاَةً وَسَلاَماً دَائِمِين مُتَلاَزِمَيْن وَسَلِّمْ تَسْلِيماً كَثِيراً إِلَى يَوْم الدِّين رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ وَتُبْ عَلَيْنَا إِنَّكَ أَنْتَ التَّوَّابُ الرَّحِيم وَٱخْتُمْ لَنَا بِخَيْرٍ أَجْمَعِينَ رَبَّنَا ٱغْفِرْ لَنَا وَلإِخْوَانِنا الَّذِينَ سَبَقُونا بِالإِيمانِ وَلاَ تَجْعَلْ فِي قُلُوبِنَا غِلاً لِلَّذِينَ آمَنُوا رَبَّنَا إِنَّكَ رَؤُوفٌ رَحِيمٌ وَصَلِّ اللَّهُمَّ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلِّم.

الفهرس

كِتَابُ البيوع وغيرها من أنواع المعاملات

كِتَابُ بيان أحكام الفرائض والوصايا

كِتَابُ النِّكَاحِ

كِتَابُ الجناياتِ

كِتَابُ الحدود

كِتَابُ أحكام الجهاد

كِتَابُ الصَّيد والذبائح

كِتَابُ السَّبقِ والرَّمْي

كِتَابُ الأيمان والنذور

كِتَابُ الأقضية والشهادات

كِتَابُ العِتقِ